A DESJUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA E O ACESSO À JUSTIÇA – UM OLHAR SOBRE AS PRÁTICAS SOCIAIS

Helder Baruffi

Doutor em Educação pela Universidade de São Paulo e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Associado II da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD.
E-mail: helderbaruffi@ufgd.edu.br

Débora dos Santos Silva

Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD.
E-mail: deborasansil@hotmail.com

RESUMO: Com a promulgação da lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, significativas mudanças ocorreram no cenário jurídico brasileiro. O escopo deste artigo é tratar das alterações trazidas pela lei e seus reflexos após três anos de vigência. Precipuamente, analisa a separação, o divórcio, o inventário e a partilha na era pré-lei, desenvolvendo conceitos, embasamento legal e peculiaridades. Destaca os motivos da reforma processual, entre eles tornar mais ágeis e menos onerosos os atos e descongestionar o Judiciário. Diante das dificuldades práticas na consecução das alterações, algumas ações foram realizadas, como a Resolução n. 35 de 2007, do Conselho Nacional de Justiça e o Provimento n. 118 de 2007 da Ordem dos Advogados do Brasil. Aborda, destarte, os reflexos destas mudanças nas instituições envolvidas, como as varas de família e sucessões, procuradorias estaduais, agências fazendárias, cartórios e defensorias públicas. Certos de que o presente artigo não abarca todos os aspectos que circundam o tema, visamos, com ele, apenas conjeturar sobre a realidade de uma lei que precisa ser sanada em alguns aspectos para conquistar os objetivos que impulsionaram seu nascimento.

Palavras-chave: Desjudicialização; Direito de família; Acesso à justiça.

ABSTRACT: The enactment of Law 11.441 on January 4 of 2007 significantly changed the Brazilian legal scenario. The purpose of this paper is to analyze the alterations in the legal framework brought by this piece of legislation and its effects after three years of operation. Our focus will be on the analysis of the legal practices of separation, divorce, inventory

and sharing before the enactment of this law, developing their concepts, legal foundation and peculiarities, and highlighting the reasons for this procedural reform, among them, to make the legal practice more agile and less costly and to decongest the courts of law. It is important to emphasize that due to some practical difficulties in the operation of this law some actions were taken to enhance its applicability as the Resolution No 35 of 2007, issued by the National Council of Justice, and the Provision No 118 of 2007, published by the national Brazilian BAR. This paper addresses the consequences of these acts in the institutes regulated by the law, such as family courts and probate, state prosecutors, state agency, registries and public defenders. We are convinced that this article does not cover all aspects that surround this issue, our aim is only to conjecture about the reality of the Law 11.441 and show that it is necessary its remediation to guarantee it can achieve the goals that gave birth to this law.

Key words: Desjudicialization; Family law; Access to justice.

INTRODUÇÃO

A sociedade, bem como a comunidade jurídica, há muito clama por uma justiça célere, em consonância com os princípios de efetividade do processo. Cappelletti e Bryant[1], em obra de referência, assinalam a necessidade de efetivo acesso à justiça, sendo este, para a grande maioria da população, apenas aparente, em razão das barreiras – financeiras, burocráticas e sociais – impostas aos que procuram as portas do judiciário. Essas barreiras impõem a real prestação jurisdicional.

Angela Araújo da Silveira Espíndola e Jânia Maria Lopes Saldanha, em texto que analisa alternativas possíveis para os (des)caminhos da jurisdição[2], destacam que "As mudanças estruturais da política nacional e internacional provocaram e continuam provocando profundas transformações no Estado, seja no que diz respeito às funções estatais, aos arranjos institucionais, à base social, à legitimidade política, à autonomia ou, ainda, no que diz respeito à promoção e proteção de direitos".

Inegável os influxos destas transformações nas relações jurídico-sociais. A demora na prestação jurisdicional, como exposto por Ruy

[1] CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

[2] A construção das tutelas preventivas no direito processual civil brasileiro: uma alternativa possível para os (des)caminhos da jurisdição. In: ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61.

Barbosa no célebre discurso "Oração aos moços": "[...] não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta". Não é outra, também, a crítica dos intelectuais do movimento Análise Econômica do Direito (AED) e da Escola Crítica do Direito[3].

A internacionalização das relações econômicas decorrentes do processo de globalização que requer "segurança jurídica" nos negócios e contratos internacionais[4], associada à crítica ao estado liberal, demandou, na perspectiva do estado democrático de direito ou estado social, uma onda reformista que atingiu o direito material e processual, tudo em nome da celeridade e efetividade do processo. Essa onda reformista teve início com a Emenda Constitucional n. 45/2004.

Destaca Paulo Roberto de Gouvêa Medina[5],

> Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, tornou-se imperiosa a programação de nova etapa da reforma do CPC, objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional, segundo o disposto no seu art. 7º, ao mesmo tempo em que se fazia mister dar efetividade ao novo preceito inserido no elenco das garantias fundamentais, dispondo que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Const., art. 5º, LXXVIII). O Ministério da Justiça, por intermédio da Secretaria de Reforma do Judiciário, assumiu, então, a coordenação do trabalho de reforma do Código de Processo Civil, empenhado em conduzi-la, daí para frente, em consonância com as novas diretrizes constitucionais.

---

[3] Sobre a análise econômica ver ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito*: contribuições e desmistificações. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 4 maio 2010.

[4] Oscarino de Almeida Arantes ressalta que "A partir dos anos 90 o texto constitucional passou a viger sob a mutabilidade constante de sucessivas Emendas Constitucionais. Desde 1994 que a Constituição Federal não consegue manter o mesmo texto por um ano sequer, numa atípica situação de constituinte contínua, que não parece ter fim em curto prazo. Existem hoje outras 65 PECs na fila à espera de votação no Congresso". ARANTES, Oscarino de Almeida. *A justiça e a ideologia das reformas*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14621>. Acesso em: 6 maio 2010.

[5] Cf. MEDINA, Paulo Gouveia. *As reformas no CPC*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/12055064601742181819 01.pdf>. Acesso em: 5 maio 2010.

Com a publicação da Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007[6], houve a possibilidade de desjudicialização da dissolução da sociedade conjugal e do casamento e do inventário e partilha. Ou seja, abriu-se a possibilidade de realizar a separação, o divórcio e o inventário e a partilha extrajudicialmente.

Até aquela data, dentro do princípio consagrado durante o século XX de que os conflitos sociais deveriam ser resolvidos pelo judiciário, os inventários, as separações consensuais, os divórcios e partilhas eram realizados, exclusivamente, pela via judicial, isto é, só o judiciário era competente para homologar o acordo e decretar por sentença o fim da sociedade conjugal e do casamento ou realizar os inventários e partilhas.

Porém, se, por um lado, esta judicialização trouxe avanços à cidadania, por outro, com o surgimento de novos direitos, abarrotou os tribunais, incapazes de dar vazão. A prestação jurisdicional tornou-se morosa e, por consequência, ineficaz.

Visando romper o ciclo vicioso, consolida-se, no conjunto de reformas do processo, um movimento de desjudicialização, retirando da esfera de competência dos tribunais os atos e procedimentos que possam ser eliminados ou transferidos para outras entidades e salvaguardando o núcleo essencial da função jurisdicional. Aí a arbitragem e as soluções extrajudiciais, como definido pela Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007 que visou tornar "mais ágeis e menos onerosos os atos a que se refere e, ao mesmo tempo, descongestionar o Poder Judiciário"[7]. A Lei permite que a separação consensual ou divórcio e do inventário e partilha possam ser realizados extrajudicialmente, em cartório, através de escritura pública.

Assim, passados três anos da promulgação da lei, cabe a pergunta: na prática, o que mudou? Houve efetivamente a desjudicialização desses atos e, por consequência, contribuiu para um desafogamento do judiciário e maior celeridade processual?

---

[6] Com a publicação da Emenda Constitucional 66, os casais que desejam se divorciar podem fazê-lo sem a necessidade da separação prévia. A medida extinguiu os prazos que eram obrigatórios para dar entrada no pedido. Porém, considerando que esta pesquisa foi realizada visando os impactos da Lei 11.441/2007, far-se-á referência, ainda, ao instituto da separação, seja consensual, seja litigiosa. Na prática, a emenda do divórcio direto está sendo interpretada por juízes e cartórios de três formas diferentes: (a) o divórcio direto e sem prazos, (b) o divórcio direto com separação como possibilidade e (c) o divórcio e a separação com a necessidade de prazo (ou seja, por esta interpretação, nada mudou), conforme notícia divulgada na Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?noticias&noticia=3786>. Acesso em: ago. 2010.

[7] Resolução n. 35, de 24 abril de 2007 do CNJ, que regulamentou a Lei 11.441/2007

São essas questões que nortearam este estudo e motivaram a realização de uma pesquisa de campo, cujos resultados evidentemente devem ser lidos no contexto em que foram produzidos, uma vez que o estudo limita-se ao município de Dourados, segunda maior cidade do estado de Mato Grosso do Sul.

Ainda no aspecto metodológico, foram estabelecidas algumas hipóteses de pesquisa, assim enunciadas: (i) com a possibilidade de desjudicialização (realização via cartório extrajudicial) da separação consensual ou divórcio e do inventário e partilha, houve perda de controle da Procuradoria do Estado no que diz respeito ao recolhimento dos impostos estaduais; (ii) com a possibilidade de desjudicialização (realização via cartório extrajudicial), houve a transferência na solução da lide, no que se refere à separação consensual ou divórcio e do inventário e partilha, do judiciário para a via extrajudicial, e, por via de consequência, diminuição da procura na via judicial.

A Lei, quando da sua promulgação, foi bem aceita, pois foi vista como um avanço em termos de desburocratização para o cidadão. No entanto, após mais de três anos de vigência, cumpre analisar a sua aplicabilidade através da investigação junto às instituições responsáveis, a fim de verificar seus reais efeitos ante a principal interessada: a sociedade.

1 O ESTADO DA ARTE

A separação e o divórcio têm em comum o fato de colocarem termo à sociedade conjugal (art. 1.571 do Código Civil). Porém, como destacado pelo relator da Comissão Especial destinada a proferir parecer à proposta de emenda ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil, deputado Joseph Bandeira "o divórcio e separação judicial não podiam resultar senão de uma sentença, por causas determinadas na lei: estávamos diante do chamado processo necessário, em que a desconstituição do vínculo matrimonial ou a dissolução da sociedade conjugal só podia ser obtida através da intervenção do órgão judiciário"[8].

Não descurando da técnica e da didática, é necessário, inicialmente, apresentar a distinção entre divórcio e separação: o divórcio, como ruptura de um matrimônio válido em vida dos cônjuges, põe fim ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso (art. 24, Lei 6.515/77 – Lei do

[8] Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Comiss%C3%A3o%20Especial%20PEC%20do%20Div%C3%B3rcio%20.pdf>. Acesso em: 6 maio 2010.

Divórcio), ensejando àqueles a convolação de novas núpcias, enquanto a separação judicial é apenas o estado de dois cônjuges que são dispensados dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca (art. 1.576 do Código Civil). Difere assim do divórcio, pois apenas relaxa os liames do matrimônio, mas sem provocar o rompimento do vínculo conjugal[9].

A sociedade conjugal nem sempre é rompida sob o selo da consensualidade. Atritos, crises, intransigências fazem parte do processo. Assim, em relação à separação, fato social, convivem duas realidades: (a) a primeira, a separação de fato, em que os cônjuges afastam-se e trilham caminhos diferentes, constituindo ou não outra família e (b) a segunda, a judicial, que pode ser consensual ou por mútuo consentimento dos cônjuges casados há mais de um ano (CC, art. 1.574), cujo acordo não precisa ser acompanhado de motivação, mas para ter eficácia jurídica requer homologação judicial depois de ouvido o Ministério Público, ou litigiosa ou não-consensual (CC, art. 1.572), efetivada por iniciativa da vontade unilateral de qualquer dos consortes, ante as causas previstas em lei[10].

Vale ressaltar que mesmo sendo a separação litigiosa, o consenso é sempre desejável. É esse o sentido do art. 1.123, que autoriza a conversão de seu procedimento para o de consensual, a qualquer tempo.

A ação de separação judicial é personalíssima e intransferível. Em caso de morte de um dos cônjuges, o processo será extinto sem julgamento de mérito, porque o resultado almejado, o encerramento da sociedade conjugal, terá sido alcançado[11].

Outrossim, o divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial, nos termos do art. 1.571, IV e § 1º e somente possível, antes da Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a contrair novas núpcias.

Na lição de Fábio Ulhoa Coelho[12], duas são as hipóteses de divórcio no direito brasileiro: por conversão e direto. Em princípio, decreta-o o juiz, a pedido dos cônjuges, ou, se um deles for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão (art. 1582).

---

[9] CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 49.

[10] Por todos: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

[11] Cf. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2: Processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais, p. 490.

[12] *Curso de Direito Civil.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 120.

O divórcio por conversão, também denominado divórcio indireto, é aquele requerido pelos cônjuges após prévia separação judicial e tem como único requisito para a sua propositura, o transcurso do prazo de um ano, contado da sentença que decretou a separação judicial ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos (art. 1580). Quando requerido por um só dos cônjuges é denominado litigioso; se requerido pelos dois, é denominado consensual.

O divórcio direto, diferentemente, não requer a prévia separação judicial. Os cônjuges passam do estado civil de casado diretamente para o de divorciados. Como no divórcio por conversão, o divórcio direto poderá ser litigioso, se pedido ao juiz por um só dos cônjuges, ou consensual, se requerido em comum acordo.

O efeito mais importante do decreto de divórcio é pôr termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio. Dissolvida a sociedade conjugal pelo divórcio, os cônjuges podem contrair novas núpcias, desaparecendo o impedimento legal[13]. Proferida a sentença do divórcio, deverá ser levada ao Registro Público competente (art. 32 da Lei do Divórcio) que é onde se acha lavrado o assento de casamento.

A lei, objeto deste estudo, acrescentou o art. 1.124-A ao Código de Processo Civil facultando às partes um procedimento diverso do utilizado até então para as ações de separação e divórcio, desde que não haja filhos menores.

Em relação ao inventário e à partilha, dispõe o art. 1784 do CC que "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários".

Com a morte, o patrimônio do *de cujus* defere-se, aos herdeiros, como um todo unitário, ainda que vários os herdeiros e até a partilha o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio (art. 1791).

Para a realização do disposto no art. 1784 do CC, considerando que o patrimônio do *de cujus* é um todo unitário, faz-se necessária a descrição dos bens hereditários, mesmo perante a existência de um só herdeiro. Daí a necessidade do inventário da herança, procedimento até antes da Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, exclusivamente judicial, através do qual o conjunto dos bens hereditários é entregue aos herdeiros.

[13] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 6.

Esta é a real importância do inventário: apurar o total dos bens que eram do falecido, deduzir as dívidas e os encargos e deferir as quotas partes aos herdeiros, o que é feito através da partilha. Em outro sentido, com a abertura da sucessão estabelece-se uma comunhão hereditária e com o inventário procura-se pôr termo a essa situação, o que se consegue mediante a partilha.

Segundo Eduardo Machado Rocha[14], a primeira parte do processo diz respeito ao inventário, no qual se descreve, de forma individualizada, os bens deixados pelo falecido (art. 225, Lei 6.015/73 e art. 993, IV, CPC), com estimativa do valor, informação sobre as dívidas deixadas pelo morto e relação dos herdeiros (informando que se trata de herdeiro por direito próprio ou por representação, bem como o grau de parentesco do falecido – art. 993, II e III, CPC). Esta primeira fase se encerra com a decisão que julga o cálculo do imposto, pagamento das dívidas ou reserva de bens para pagamento (art. 1.017, §3º, CPC).

A segunda fase diz respeito à partilha dos bens aos herdeiros ou cessionários que adquiriram os direitos hereditários, na qual os herdeiros e/ou cessionários formulam pedidos de quinhões (bens que pretendem receber como pagamento do quinhão hereditário), em seguida o juiz decide, deliberando a respeito dos pedidos de quinhões, passando a seguir ao esboço da partilha elaborado pelo partidor, advindo sentença que julga a partilha com a consequente expedição do formal de partilha.

A matéria processual relativa ao inventário judicial estava disciplinada nos arts. 982[15], 983[16] e 1031[17] do Código de Processo Civil, antes das alterações trazidas pela Lei 11.441/07. A lei era clara quanto ao procedimento para estas ações; era, necessariamente, judicial. As partes interessadas ficavam, também, adstritas a um prazo para a proposição da abertura do inventário, sob pena de sanção civil. O prazo para a abertura

[14] ROCHA, Eduardo Machado. *Sucessão hereditária*: prática do inventário e partilha. 2.ed. São Paulo: Pillares, 2010.

[15] **Art. 982.** Proceder-se-á ao inventário judicial, ainda que todas as partes sejam capazes.

[16] **Art. 983.** O Inventário e a partilha devem ser requeridos dentro de 30 (trinta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 6 (seis) meses subsequentes.
Parágrafo único. O juiz poderá, a requerimento do inventariante, dilatar este último prazo por motivo justo.

[17] **Art. 1.031.** A partilha amigável, celebrada entre as partes capazes, nos termos do artigo 1.773 do 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 artigos 1.032 a 1.035 desta Lei.

do inventário era de 30 (trinta) dias e de 6 (seis) meses para encerrar. Conquanto, explana Maria Helena Diniz[18]: dificilmente os processos terminam nesse prazo, e a norma jurídica autoriza a dilatação do lapso de tempo pelo magistrado, a requerimento do inventariante, desde que haja motivo justo. Se o excesso de prazo se der por culpa do inventariante, desde que haja motivo justo, o juiz poderá removê-lo se algum herdeiro o requerer, e, se for testamenteiro, privá-lo-á o magistrado do prêmio a que tenha direito (CC, arts. 1.796, 1.987 e 1.989).

A lei admitia, se os herdeiros fossem capazes, a partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos ou escrito particular (CC, 2.015), porém era necessária a homologação judicial. O que a Lei, em estudo, modificou.

2 A LEI N. 11.441/2007

Como se observa do próprio ementário, a Lei n. 11.441/2007 alterou os procedimentos especiais de jurisdição voluntária de separação e divórcio consensuais (art. 1.124-A e parágrafo único, CPC), bem como o inventário (art. 982 e parágrafo único, CPC), facultando a realização de tais procedimentos pela via administrativa (extrajudicial), se presentes os requisitos que elenca.

Com o intuito de se adaptar à evolução da sociedade e sanar os conflitos da melhor forma, a Lei 11.441/ de 4 de janeiro de 2007 alterou os artigos 982, 983 e 1031 do Código de Processo Civil e acrescentou a este o artigo n. 1.124-A, conforme transcritos abaixo:

> **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.

[18] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6: Direito das sucessões.

> **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).
>
> **Art. 1.031.** A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 2.015 da Lei n. 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.
>
> **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.

A citada inovação permite a realização de inventário e partilha mediante escritura pública lavrada pelo notário, independente de homologação judicial, quando todos os interessados forem capazes e não houver testamento. Não segue, pois, os princípios do direito processual civil, mas do procedimento notarial, extrajudicial. Efetivou-se com a alteração dos arts. 982, 983 e 1031 do Código de Processo Civil[19].

A lei diz que a separação consensual e o divórcio consensual poderão ser realizados por escritura pública, tratando-se, desta forma, de

[19] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. VII: Direito das sucessões, p. 489.

mera liberalidade, não afastando o procedimento previsto nos arts. 1.120 e seguintes[20].

Consoante Carlos Roberto Gonçalves[21], a redação conferida ao retrotranscrito art. 982 do Código de Processo Civil, com a utilização do verbo "poderá", indica o caráter facultativo do procedimento administrativo. A escolha fica a critério das partes. Entende-se, pois, que a Lei n. 11.441/2007, ao criar inventário e partilha extrajudiciais, mediante escritura pública, não obsta à utilização da via judicial correspondente.

Há, efetivamente, situações que justificam o interesse em promover o arrolamento judicial, não obstante estejam as partes concordes com a partilha, como, v. g., quando haja necessidade de prévio levantamento de dinheiro ou de venda de bens deixados pelo *de cujus*, para a obtenção de numerário destinado ao recolhimento de impostos em atraso, bem como ao atendimento dos encargos do processo.

Os prazos de abertura e encerramento do inventário também foram ampliados, com a possibilidade ainda de serem prorrogados, como se pode verificar no art. 983, 60 (sessenta) dias para abertura e 12 (doze) meses para encerrar.

A mencionada Lei 11.441/2007, ao atualizar a redação do art. 1.031 do estatuto processual civil, substituiu a referência ao art. 1.773 do Código Civil de 1916 pelo art. 2.015 do novo diploma, que versa sobre a partilha amigável por escritura pública.

Vale ressaltar que a referida norma é clara quanto à necessidade das partes estarem assistidas por advogado, comum ou não. A lei prevê ainda, que se as partes forem pobres no sentido legal, poderão usufruir o direito à gratuidade da escritura e dos demais atos notariais. Para que isso aconteça, será necessário que o interessado se dirija ou à Defensoria Pública para obter a assistência advocatícia ou a um dos escritórios de assistência jurídica das várias faculdades de direito existentes no país, uma vez que estes escritórios exercem advocacia gratuita à comunidade carente das suas regiões, proporcionando acesso à justiça, integração social e o resgate da cidadania das classes mais carentes.

Em suma, o que muda com a nova lei é a possibilidade de desjudicialização, pois com a nova lei não será mais necessária a instauração de

[20] WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3: Processo cautelar e procedimentos especiais, p. 292.

[21] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. VII: Direito das sucessões, p. 490.

um processo judicial para se obter o divórcio, a separação, o inventário e a partilha, dispensando, assim, a atuação do Juiz de Direito para validar a vontade das partes. Por outro lado, a via administrativa não é obrigatória; se assim o desejarem as partes, ou não havendo consenso, a via judicial poderá ser acionada.

A intenção do legislador foi tornar célere o procedimento, desafogar a justiça e regularizar milhares de separações de fato, já existentes, proporcionando a todos o acesso à justiça.

Contudo, a lei trouxe muitas divergências e dúvidas quanto aos trâmites às partes e instituições envolvidas, o que gerou a necessidade de manifestação da OAB e do Conselho Nacional de Justiça (**Resolução n. 35, de 24 de** abril de 2007, que regulamentou a aplicação da Lei 11.441/2007 pelos serviços notariais e de registro).

Especificamente sobre a Resolução n. 35/2007 do CNJ, observa-se que esta, além dos 54 artigos, traz, no seu intróito, na forma de "considerandos", a intenção da Lei, qual seja, "tornar mais ágeis e menos onerosos os atos a que se refere e, ao mesmo tempo, descongestionar o Poder Judiciário [...]."

Relacionamos, a seguir, algumas das principais condições e características apresentadas pela Resolução 35/2007:

- Para a lavratura dos atos notariais é a livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil (art. 1º);
- É facultado aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial, podendo ser solicitada, a qualquer momento, 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. 2º);
- As escrituras públicas de inventário e partilha, separações e divórcios consensuais não dependem de homologação judicial e são títulos aptos para o registro civil e o registro imobiliário e para a transferência de bens e direitos. Essas escrituras públicas também podem ser utilizadas para a promoção de todos os atos necessários à concretização das transferências de bens e levantamento de valores em órgãos como Detran, junta comercial, registro civil de pessoas jurídicas, instituições financeiras e companhias telefônicas, entre outras (art. 3º);
- A cobrança pelos serviços deve corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração pela sua prestação (art. 4º);

• Para a obtenção da gratuidade de que trata a Lei, basta a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos (art. 7º);

• O inventário extrajudicial pode ser promovido por cessionário de direitos hereditários, mesmo na hipótese de cessão de parte do acervo, desde que todos os herdeiros estejam presentes e concordes (art. 16);

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

• A existência de credores do espólio não impedirá a realização do inventário e partilha, ou adjudicação, por escritura pública (art. 27);

• É admissível inventário negativo por escritura pública 9art. 28);

• Aplica-se a Lei n. 11.441/2007 aos casos de óbitos ocorridos antes de sua vigência (art. 30);

• Nas separações e divórcios consensuais, o comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública, sendo admissível a representação por mandatário constituído (art. 36);

• Não há sigilo nas escrituras públicas de separação e divórcio consensuais (art. 42);

• O restabelecimento de sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, ainda que a separação tenha sido judicial (art. 48);

• A declaração dos cônjuges não basta para a comprovação do implemento do lapso de dois anos de separação no divórcio direto (art. 53).

Outrossim, a Lei 11.441/2007 surpreendeu a todos pela ausência de *vacatio legis* (prazo para entrar em vigor). Advogados, cartórios e algumas instituições estavam desprevenidos quanto às alterações. Haja vista, a Lei tenha diminuído a burocracia e permitido a via extrajudicial para os procedimentos legais que envolvem o divórcio, a partilha de bens e o inventário, não devemos confundir informalidade com insegurança jurídica. Pois não foi tirado o embasamento legal, este apenas foi alterado e acrescido.

A Ordem dos Advogados do Brasil também se preocupou em acompanhar e regulamentar a atividade da advocacia nos cartórios, tendo em vista que chegaram à entidade denúncias de que irregularidades estariam ocorrendo desde a entrada em vigor da nova lei. Neste sentido, por decisão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), publicou o Provimento n. 118, de dia 20 de junho de 2007, que trata da aplicação da Lei n. 11.441/07, e disciplina as atividades profissionais dos advogados

em escrituras públicas de inventários, partilhas, separações e divórcios. A decisão da OAB Nacional de elaborar o provimento se deu em sua sessão plenária de 18 de abril de 2007, sob a relatoria do conselheiro federal pelo Mato Grosso do Sul, advogado Lúcio Flávio Sunakozawa.

Entre as denúncias de irregularidades que chegaram à OAB, destaca-se a irregularidade de captação indevida e antiética de clientes, vinculando cartórios e advogados. O provimento n. 118/2007 visou por fim a essas irregularidades.

2 UMA PASSAGEM PELO FORO E CARTÓRIOS

A Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que foi promulgada há três anos, permite a qualquer cidadão formalizar divórcio, separação, inventário e partilha em cartório, quando não houver interesse de incapazes (filho) e a realização for consensual, de forma administrativa, sem a presença de um juiz.

Para melhor compreender os impactos da reforma processual no direito de família e sucessões, foi realizado um levantamento junto à vara de família e sucessões e junto aos cartórios extrajudiciais de Dourados, Mato Grosso do Sul, para verificar se os objetivos a que se propôs o legislador com a publicação da lei, foram efetivamente atingidos.

Para a pesquisa, foram entrevistados o Juiz Titular da 1ª Vara Cível de Dourados, os Defensores Públicos que atuam na vara de família, o Procurador-Chefe do Estado – Regional de Dourados, um Agente Tributário Estadual, responsável pela avaliação dos bens, e dois tabeliães. As perguntas estavam voltadas às seguintes questões: as mudanças da lei; os impactos em cada setor; a redução ou não na quantidade de processos distribuídos via judicial; as custas processuais e os valores cobrados nos cartórios extrajudiciais; a arrecadação de impostos; os documentos necessários; e o tempo médio de cada procedimento.

A pesquisa foi realizada nos meses de fevereiro e março de 2010. Os dados estão apresentados e discutidos a seguir.

Em Dourados, até a promulgação da Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, a separação e o divórcio, assim como o inventário e partilha, eram realizados exclusivamente na 1ª vara de família e sucessões. Com a promulgação da lei, esse serviço foi estendido aos quatro cartórios da cidade; no estado, são 168 cartórios.

Em levantamento junto à Vara de Família e Sucessões da Comarca de Dourados/MS, verificou-se que não houve, praticamente, mudanças

na procura judicial desses serviços. Conforme informações obtidas, não foi sentido o "desafogamento" tão desejado na quantidade de processos – um dos objetivos da lei. Em relação à celeridade, conforme informações colhidas, o processo de separação se finda, geralmente, em 30 dias; igualmente o mesmo prazo para arrolamentos. Já os inventários, sem litígios, duram em média quatro meses. Na esfera extrajudicial, esses serviços são executados em menos de uma semana, obviamente, muito mais céleres.

Entretanto, apesar da significativa diferença entre o tempo despendido para esses serviços no judiciário e aquele despendido na via extrajudicial, o que se observou na prática é que não houve o desejado deslocamento da via judicial para a via extrajudicial, como pode ser confirmado pelos dados quantitativos obtidos junto aos cartórios extrajudiciais e ao cartório da vara de família e sucessões (figura 1).

Ao compararmos a quantidade de separações consensuais distribuídas nos anos de 2006 na 1ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que foi de 248 com a de 2009, e de 244, observa-se que a diferença é de apenas quatro processos, logo, insignificante.

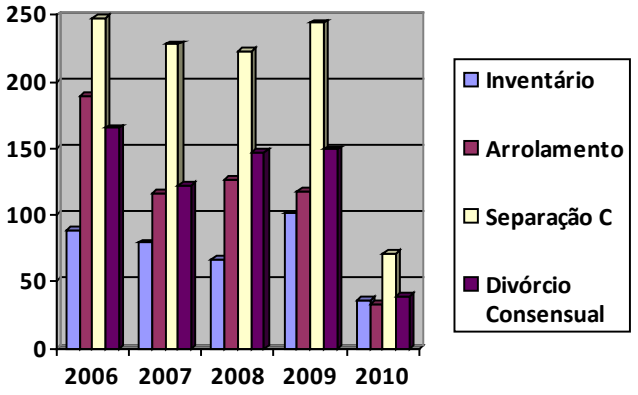

Figura 1: Número de processos distribuídos na vara de família e sucessões nos anos de 2006 a 2010.

Parâmetros de pesquisa: Anos de 2006, 2007, 2008 e 2009 – Período: 01/01 a 31/12
Ano de 2010 – Período: 01/01/2010 a 20/04/2010.
Situação do processo: Todas. *Obs.: Dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul – Secretaria de Tecnologia da Informação - Departamento de Sistema Jurisdicional – Setor de Informática de Dourados/MS.*

Outro fator destacado por Cappelletti e Bryant, diz respeito ao custo do processo. Nesse tópico, o que se observa é que a Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, não produziu avanços. Ao contrário, os custos para a realização desses serviços na esfera extrajudicial são significativamente maiores do que aqueles despendidos na via judicial.

Conforme dados obtidos junto aos cartórios extrajudiciais, quem optar pela realização de um divórcio, separação ou arrolamento em um cartório na cidade de Dourados/MS, despenderá o valor mínimo de R$ 99,00 (noventa e nove reais), para obter apenas a escritura pública, quando não existem bens. Existindo bens, o valor passa de R$ 220,00 (duzentos e vinte reais) quando há imóveis avaliados entre R$ 5.000,01 a R$ 10.000,00 e chega a R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) se existirem imóveis com valor acima de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Quanto à rapidez na solução do divórcio ou arrolamento, segundo informações fornecidas pelos tabeliães entrevistados, o tempo é recorde. Estando completa a documentação (a mesma exigida na via judicial, com autenticações, entre eles as certidões negativas de débitos fiscais e comprovante de pagamento do imposto de transmissão *causa mortis* e, quando devido, o imposto *inter vivos*) o tempo máximo para a obtenção da escritura é de uma semana.

Com relação à demanda (desafogamento do judiciário), verificou-se uma procura muito aquém do desejado. Segundo os tabeliães, a média é de 2 a 5 escrituras de divórcios, separações/inventários, partilhas por mês. Acredita-se que a baixa procura deve-se, na maior parte, pelo valor dos emolumentos que, na maioria dos casos, é bem maior do que as custas processuais.

Há de se notar ainda que os tabeliães, portadores de fé pública, têm responsabilidade civil pelos atos praticados que possam trazer prejuízo às partes e a terceiros quando praticados em inobservância à lei, pelo que servirão como fiscais da legalidade e regularidade do procedimento, situação que trará, por certo, segurança jurídica aos envolvidos no procedimento novo, adotado pela Lei 11.441/2007.

Em termos de procedimento, uma vez proposta a separação ou divórcio, inventário ou arrolamento pela via extrajudicial, o tabelião faz a conferência dos documentos e, por fé pública, emite a escritura pública, que só poderá ser revertida por ação judicial. Como não há necessidade de prazos judiciais, a questão se resolve em tempo bem reduzido, uma grande vantagem para quem se enquadra nesta situação e quer resolver tudo de comum acordo.

Porém, ainda há muita resistência na adoção da via extrajudicial. Muitas pessoas optam pela forma judicial, porque está entranhado na cultura brasileira, a ideia de que tudo tem de ser resolvido pelo juiz. Este tem a última palavra. É uma questão de confiabilidade. Somente nos casos de menor complexidade em que não existem bens, os casais buscam a via extrajudicial pela agilidade, apesar de o custo das taxas ainda ser pouco atrativo.

Visando o controle dos procedimentos, a Corregedoria do Tribunal de Justiça disponibilizou aos usuários o Sistema de Gerenciamento de Escrituras de Separação, Divórcio, Inventário, Testamento e Averbação (SGE), desenvolvido pelo DDSI (Departamento de Desenvolvimento de Sistemas e Internet). Este sistema está sendo utilizado por todos os cartórios de Mato Grosso do Sul para o cadastro das informações que fazem parte do banco de dados do SGE, o qual é disponível para consulta pública dos cidadãos. Este sistema objetiva centralizar em um banco de dados, administrado pelo Tribunal, a consulta às escrituras de separação, divórcio, inventários e testamentos lavradas ou averbadas pelas serventias do Estado, a fim de facilitar a realização de busca e prevenir duplicidade de informações, ou mesmo fraudes. A criação do sistema partiu da Corregedoria-Geral de Justiça do TJMS, para atender à Resolução n. 35 do CNJ, cujo teor orientou que os Tribunais de Justiça criassem centrais de bancos de dados das escrituras permitidas pela Lei n. 11.441 de 2007.

Essa central evita as dificuldades enfrentadas por credores, herdeiros e interessados na localização da lavratura das escrituras, pelos inúmeros notários do país, dificuldade esta que não ocorre quando tais procedimentos são realizados na via judicial, visto que as buscas são concentradas no cartório distribuidor da comarca competente. Esta medida visa trazer mais segurança aos serviços notariais no processamento e lavratura de escritura de inventários bem como dar efetividade às disposições de última vontade.

Conforme o disposto no art. 10 da Resolução do CNJ n. 35/2007, qualquer cidadão interessado na busca deve, preferencialmente, ter acesso livre e gratuito ao banco de dados.

Em entrevista, junto à Procuradoria do Estado de Mato Grosso do Sul – Regional de Dourados, sobre se houve ou não diferença na arrecadação, a informação obtida foi de que não houve diferença em seus serviços após a promulgação da lei em estudo, embora a Procuradoria não tenha mais o controle dos valores recolhidos a título de impostos de transmissão *causa mortis* e *inter vivos,* já que, na via extrajudicial, é desnecessária a mani-

festação dos procuradores. Já nas Agências Fazendárias, o recolhimento dos impostos ficou mais ágil, tendo em vista a ausência de despachos para homologação dos cálculos dos impostos devidos nestas ações.

Esta ausência de procura pela via extrajudicial também foi manifestada em entrevista junto à Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Como já destacado, tanto na via judicial, quanto na extrajudicial, é necessária a presença de advogado ou defensor público. As informações obtidas nessa instituição indicam que os defensores públicos atuam, como atuavam antes, somente na via judicial em razão dos elevados valores dos emolumentos cartorários. Para os Defensores, a via extrajudicial não traz praticidade, em parte pelas longas filas nos cartórios, demandando, desta forma, mais tempo para os atendimentos, prejudicando o regular andamento das atividades, e em parte, pelo alto valor dos emolumentos, principalmente quando há algum bem a inventariar ou dividir.

A procura pela via extrajudicial não atendeu às expectativas do legislador. A lei ofereceu um procedimento administrativo, rápido e eficaz, porém que foi percebido pela sociedade como oneroso, afastando-a deste procedimento, para manter-se na forma judicial de resolução dos conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao completar três anos em vigor, a lei que autoriza a realização de partilha de bens herdados, separações e divórcios em cartórios, mostra que a mudança não efetivou a promessa de celeridade. Conforme comprovado na prática, não houve a desejada migração dos processos já abertos na via judicial, para a via extrajudicial, nem deixaram de ingressar novas demandas.

Em relação às causas para a não adesão à via extrajudicial, destacam-se o desconhecimento da via extrajudicial como forma de solução dos conflitos, bem como a limitação à adesão, quando há filhos menores e, principalmente, os custos dos emolumentos, superiores àqueles dispensados na via judicial.

Em que pesem os muitos "considerandos" expressos na Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei não tornou mais ágeis e nem menos onerosos os atos a que se refere e, ao mesmo tempo, não descongestionou o Poder Judiciário. Replica-se aqui o provérbio português que bem ilustra a realidade brasileira: "Tudo como dantes no quartel de Abrantes".

Com a Emenda Constitucional 66, de julho de 2010, novos impactos nas relações sócio-afetivas serão observadas e deverão merecer novos estudos, em particular sobre o sentido e a finalidade do direito das famílias na sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito*: contribuições e desmistificações. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 4 maio 2010.

ARANTES, Oscarino de Almeida. *A justiça e a ideologia das reformas*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14621>. Acesso em: 6 maio 2010.

ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAPPELETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COMISSÃO Especial destinada a proferir parecer à proposta de emenda ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil. Relator: deputado Joseph Bandeira. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Comiss%C3%A3o%20Especial%20PEC%20do%20Div%C3%B3rcio%20.pdf>.Acesso em: 6 maio 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SALDANHA, Jania Maria Lopes. A construção das tutelas preventivas no direito processual civil brasileiro: uma alternativa possível para os (des)caminhos da jurisdição. In: ARMELIN, Donaldo (org.). *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. v. VI: Direito das sucessões.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais.

MEDINA, Paulo Gouveia. *As reformas no CPC*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/12055064601742181819 01.pdf>. Acesso em: 5 maio 2010.

ROCHA, Eduardo Machado. *Sucessão hereditária*. Prática do inventário e partilha. São Paulo: Pillares, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 6.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3: Processo cautelar e procedimentos especiais.

Data Recebimento: 7 de maio
Data Aceite: 12 de julho