

O INVENTÁRIO POR ESCRITURA PÚBLICA APÓS 7 ANOS DE VIGÊNCIA DA LEI 11.441/07

Christiano Cassettari

Doutor em Direito Civil pela USP e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Notarial e Registral pela PUC-MG. Professor de Direito Civil no curso de graduação da Universidade São Judas Tadeu. Membro e Diretor Cultural do IBDFAM-SP (Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seccional de São Paulo). Advogado em Direito de Família e Sucessões. Autor do livro “Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública: Teoria e Prática”, publicado pela Editora Método, que se encontra na 6ª edição, Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos, pela Ed. Atlas, “Elementos de Direito Civil”, pela Ed. Saraiva, dentre outros.
www.professorchristiano.com.br

No dia 05/01/14, comemoramos sete anos de vigência da Lei 11.441/07, que instituiu a possibilidade de se realizar a separação, o divórcio e o inventário por escritura pública, atendidos certos requisitos.

Todas as pesquisas realizadas neste período mostram que os brasileiros preferem optar pela via extrajudicial nestas situações, atendendo ao movimento de desjudicialização em que se busca retirar do Poder Judiciário certas questões, com o intuito de permitir a concretização destes atos de forma mais ágil e célere.

Exatamente um ano após a entrada em vigor da Lei 11.441/07, os tabelionatos de notas do Estado de SP atingiram a marca de quase 100 mil atos realizados nos 12 primeiros meses de vigência da referida lei. De acordo com os números auferidos pela Central de Escrituras, Separações, Divórcios e Inventários (CESDI), mantida pela seção paulista do Colégio Notarial do Brasil, que abrange as informações dos 897 tabelionatos de notas de todo o estado, foram realizados até o mês de janeiro 2008, um total de 90.772 atos de escrituras de separações, divórcios e inventários. Somente na capital este número atingiu a marca de 29.899 atos. Dentre as novas atribuições praticadas pelos tabelionatos de notas paulistas, a que mais cresceu foram os inventários e as partilhas, que passaram de 77 atos realizados no mês de janeiro de 2007 e chegaram a 61.305 até janeiro de 2008, uma média de 5.100 atos mensais. Na capital, passou-se de nenhum ato em janeiro de 2007 para 18.285 atos em janeiro de 2008.

Porém, mesmo com esse crescente número de escrituras, vários são os problemas enfrentados no dia a dia em decorrência do legislador ter sido demasiadamente econômico, ao dedicar apenas dois artigos para a modalidade de inventário (arts. 982 e 983 do CPC), que, inclusive, já tiveram o seu conteúdo modificado pela Lei 11.965/09. Vários destes problemas foram solucionados por provimentos publicados por Tribunais de Justiça de vários estados, e, posteriormente, pela Resolução 35 do CNJ, que teve por objetivo uniformizar as diversas posições regionais que foram surgindo. Por esse motivo, passaremos a expor alguns desses problemas e as soluções que imaginemos aplicáveis.

A normatização do inventário por via administrativa é feita pelos arts. 982 e 983 do Código de Processo Civil.

O art. 982 do Código de Processo Civil, alterado pela Lei 11.965/2009, estabelece que:

“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.

§ 1.º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. (Alterado e renumerado pela Lei 11.965/2009)

§ 2.º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. (Acréscitado pela Lei 11.965/2009)”

Para que seja feito o inventário pela via administrativa, no tabelionato de notas, o mencionado artigo estabelece certos requisitos. Se os requisitos contidos no art. 982 do Código de Processo Civil não forem respeitados, a escritura será nula, conforme o art. 166, VII, do Código Civil. A ação declaratória de nulidade é imprescritível (art. 169 do Código Civil) e poderá ser proposta por pessoa interessada ou pelo representante do Ministério Público (art. 168 do Código Civil).

Os requisitos que devem ser observados são:

I. NÃO TER INTERESSADO INCAPAZ NA SUCESSÃO

A incapacidade da pessoa natural não se dá somente se esta não atingiu a maioridade (que é de 18 anos segundo o art. 5.º do Código Civil), mas também se esta possui algum dos problemas descritos nos arts. 3.º

(que elenca os absolutamente incapazes) e 4.^o (que elenca os relativamente incapazes) do ordenamento civil, que reproduziremos abaixo:

“Art. 3.^o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4.^o São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.”

Assim, havendo menor de 18 anos não emancipado, ou maior interditado por algum dos motivos descritos acima, o inventário, obrigatoriamente, será judicial.

Vale ressaltar que esta regra também será aplicada na hipótese de herdeiro incapaz representar herdeiro capaz, falecido após a abertura da sucessão, ou se houver cessão de direitos hereditários para cessionário incapaz.

Isto se deve ao fato da análise da incapacidade ser feita no momento da celebração do negócio jurídico (escritura de inventário), e não no momento da abertura da sucessão, por se tratar de ato *inter vivos*.

Desta forma, se faltarem dez dias para que o herdeiro complete a maioridade no momento da abertura da sucessão, o inventário poderá ser feito extrajudicialmente após este prazo, quando o herdeiro completar 18 anos.

Cumprido lembrar que se o cônjuge, concorrente ou não, caso em que ele é considerado herdeiro, for incapaz, ele será interessado na sucessão, motivo pelo qual inviabiliza a realização da escritura. Se o cônjuge for apenas meeiro, acredito que ele também é interessado na sucessão, motivo pelo qual, já que ele deverá participar do inventário para garantir a sua meação, a escritura não poderá ser realizada.

II. HAVER CONCORDÂNCIA DE TODOS OS HERDEIROS CAPAZES

O texto legal permite a adoção do procedimento *quando um dos herdeiros for menor, mas emancipado*, em razão de já ter adquirido capacidade de fato mesmo não tendo completado 18 anos (idade em que se alcança a maioridade civil, segundo o art. 5.º, *caput*, do Código Civil), uma vez que o legislador preferiu utilizar o termo *capazes*, em vez de *maiores* ou *menores*.

Lembramos que a análise da incapacidade é feita no momento da lavratura da escritura, e não no momento da abertura da sucessão, ou seja, a emancipação pode se dar após a ocorrência da morte do autor da herança, mas antes de ultimado o inventário.

III. NÃO TER O *DE CUJUS* DEIXADO TESTAMENTO

Esse requisito é polêmico, visto que teremos que analisar o conceito de testamento. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹ apresenta o conceito de Ulpiano acerca do testamento, como *o testemunho justo da nossa mente, feito de forma solene para que valha depois da nossa morte*. Brillante o conceito apresentado, haja vista que se encaixa, perfeitamente, no sentido do testamento.

Verificando o citado conceito, é preciso desmistificar a imagem predominante em nossa sociedade de que o testamento possui o objetivo de ser um negócio jurídico que se destina, exclusivamente, a disposições patrimoniais. Vemos no Código Civil que ele possui outras funções, como permitir que o testador:

a) determine a emancipação de filho com no mínimo 16 (dezesseis) anos, exclusivamente por instrumento público, se exercer o poder familiar com exclusividade, conforme permite o art. 5.º, parágrafo único, inciso I, do Código Civil;

b) determine a instituição de uma fundação (art. 62 do Código Civil);

c) estabeleça a indivisibilidade de um bem divisível de seu patrimônio por um determinado prazo – art. 1.320, § 2, do Código Civil – que será transferido a vários herdeiros, para impossibilitar que eles ingressem com a ação de divisão, descrita no *caput* do citado dispositivo;

¹CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil. Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 6, p. 263.

d) institua um condomínio edilício sobre bem do seu patrimônio, conforme o art. 1.331 do Código Civil;

e) institua uma servidão sobre um bem imóvel do seu patrimônio, nos moldes do art. 1.378 do Código Civil;

f) institua os direitos reais de usufruto, uso ou habitação sobre um determinado bem, sem modificar a destinação da propriedade para os herdeiros, que pode, mesmo assim, ser feita pelas regras da sucessão legítima;

g) reconheça filhos, independentemente de ter que efetuar disposição patrimonial (art. 1.609, inciso III, do Código Civil);

h) institua bem de família convencional, nos moldes do art. 1.711 do Código Civil;

i) reconheça a existência de uma união estável;

j) institua uma tutela testamentária, nos moldes do art. 1.729, parágrafo único, do Código Civil.

Dessa forma, surge a dúvida: a simples existência de testamento, independentemente do seu conteúdo, impede que o inventário de maiores concordes seja feito por escritura pública?

Entendemos que negativa deva ser a resposta, dado que não há por que impedir que a citada lei tenha alcance, pelo simples fato da existência de testamento que não faça disposição patrimonial.

Qual seria o mal em permitir que seja feito por escritura pública o inventário havendo três filhos capazes, dois maiores de 18 anos e um emancipado por testamento pelo pai ou mãe que exercia o poder familiar de forma exclusiva? Entendemos que nesse caso não haveria necessidade de obrigar as partes, capazes e concordes, a realizarem o inventário judicial se o testamento foi celebrado com o único objetivo de dar capacidade ao filho menor, e a sua eficácia dependerá, somente, da sua averbação no Registro Civil, nos moldes do art. 9.º, II, do Código Civil.

Obviamente que o testamento necessitará do “cumpra-se” que será dado pelo juiz, para que o mesmo possa produzir efeito, mas isso não exige o inventário judicial já que na disposição de última vontade não havia disposição patrimonial.

Há, ainda, notícias de pessoas que utilizam o testamento com o intuito exclusivo de tornar públicos determinados fatos que não tiveram coragem de dizer em vida, como pedir perdão a um ente querido por alguma briga que afastou a convivência entre ambos, motivo pelo qual não se poderiam *apenar* os herdeiros capazes e concordes nesse caso com a obrigatoriedade de realizar o inventário judicial.

Essa nossa posição, defendida desde a primeira edição desse livro, foi adotada pelo Juíz da 7 Vara da Família e Sucessões do Foro Central Cível da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, Dr. Fabiano da Silva Moreno, ao proferir sentença nos autos do processo 0052432-70.2012.8.26.0100, em 05 de fevereiro de 2013.

São suas palavras, proferidas na referida sentença:

“Em verdade, o testamento que não contém disposições de caráter patrimonial é cumprido fora da esfera do processo de inventário. Assim, no exemplo acima, se no testamento há reconhecimento de um filho, e este, assim como os demais herdeiros, é maior, capaz e concorde, basta que faça o inventário extrajudicial, juntamente com os demais herdeiros, e as demais regularizações de sua situação de filiação são tomadas na esfera própria (do registro civil). Diante de toda a fundamentação acima, concluímos que é possível realizar o inventário extrajudicial mesmo havendo testamento, desde que (1) o testamento não contenha disposições patrimoniais; ou (2) o testamento disponha dos bens de forma a legá-los para pessoas maiores e capazes excluídas as fundações.”

Assim, entendemos que quando o legislador menciona que *havendo testamento* proceder-se-á ao inventário judicial, isso deverá ocorrer somente quando houver previsão expressa sobre disposição patrimonial que impeça a aplicação da sucessão legítima, alterando as regras de transferência da propriedade aos herdeiros legítimos, sob pena de chegarmos ao cúmulo de impedir que o inventário extrajudicial ocorra, por exemplo, no caso de o testador ter feito um testamento para revogar um anterior, para que em sua sucessão sejam aplicadas as regras da sucessão legítima.

Agora, se o testamento com disposição patrimonial deixado pelo *de cuius* for invalidado, nesta hipótese o inventário poderá ser feito extrajudicialmente sem problema algum.

Diante disso, em fevereiro de 2013, a Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, inclui nas Normas de Serviço do Extrajudicial, o seguinte dispositivo:

129. É possível a lavratura de escritura de inventário e partilha nos casos de testamento revogado ou caduco ou quando houver decisão judicial, com trânsito em julgado, declarando a invalidade do testamento.

129.1. Nessas hipóteses, o Tabelião de Notas solicitará, previamente, a certidão do testamento e, constatada a existência de disposição reconhecendo filho ou qualquer outra declaração irrevogável, a lavratura de escritura pública de inventário e partilha ficará vedada e o inventário far-se-á judicialmente.

Verifica-se, assim, que nossa posição foi integralmente aceita pela Corregedoria de SP, e que a mesma acabou sendo incluída nas Normas de Serviço, permitindo, assim, que o Tabelião do Estado de SP possa lavar o ato com mais tranquilidade.

Acreditamos que essa regra em breve estará nas normas de serviços de todos os estados brasileiros, para que toda a população possa se beneficiar dela, permitindo que nesses casos o inventário possa ser feito, também, em cartório.

Desta forma, ao fazer o inventário extrajudicial, necessário será que os herdeiros apresentem certidão negativa do Colégio Notarial do Brasil (Conselho Federal) que demonstre a inexistência de testamento, ou que, caso exista, comprovem que ele não apresenta disposição patrimonial. Cumpre lembrar que por força do Provimento 18 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 28 de agosto de 2012, foi criada a CENSEC (Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados), que está recebendo, de todos os tabelionatos de notas do país, informação, duas vezes ao mês, das escrituras que foram lavradas de testamento, separação, divórcio, inventário e mandato, afim de que se tenha um banco de dados nacional, integrado, da existência desses atos, com informação disponível aos tabeliães e registradores. O endereço eletrônico da CENSEC na internet é www.censec.org.br.

Com isso já temos uma única central que congrega todas as informações acerca das escrituras dessa natureza, lavradas em todo o território nacional.

Porém, em razão da existência de um cronograma de datas para que os tabeliães informem os atos pretéritos, já que os futuros já estão sendo enviados, e que segundo o art. 16 do citado provimento vai até 31 de janeiro de 2017, até lá, recomenda-se que as certidões das entidades locais de cada estado não sejam desprezadas, pois nela é que se possui as informações mais atualizadas sobre a existência ou não de testamento.

Mesmo assim, sugerimos aos notários que insiram nas escrituras declaração dos herdeiros que desconhecem a existência de testamento, sob as penas da lei.

IV. A OBRIGATORIEDADE DE PARTILHAR TODOS OS BENS DEIXADOS PELO FALECIDO, COMO FORMA DE VEDAÇÃO A PARTILHA PARCIAL;

Se os herdeiros concordarem com a divisão de uma parte do patrimônio e discordarem sobre a outra, não se poderá fazer a escritura de inventário na

parte em que há concordância e o inventário judicial na parte em que há discordância.

A concordância não pode ser parcial, sob pena de se estimular a aceitação parcial, vedada pelo art. 1.808 do Código Civil, ou ainda a fraude contra credores do *de cuius*. Isso sem contar que haveria violação à regra expressa de que a herança permanece indivisível até a partilha total dos bens, conforme estabelece o art. 1.791, parágrafo único, do Código Civil.

Discordam desse entendimento a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, o Colégio Notarial do Brasil e a Anoreg, que firmaram entendimento no sentido de ser possível a ocorrência da partilha parcial.

Haveria um risco enorme de permitir que herdeiros desejassem partilhar somente bens que sejam considerados *interessantes* e que não seja feito o inventário judicial de bens *desinteressantes*, que possuam dívidas tributárias, por exemplo, sob a alegação de que não há consenso entre os herdeiros. Mesmo os herdeiros, sendo responsáveis pelo pagamento de dívidas do *de cuius*, poderiam alienar o seu patrimônio, impedindo, desta feita, que a execução dos credores tenha êxito.

Reconhecemos que o nosso posicionamento é minoritário e que será difícil a fiscalização do tabelião acerca da realização de partilha parcial. Por este motivo, entendemos ser necessária a criação de uma central que possa unificar as escrituras realizadas em todo o País para que tal procedimento seja inibido, senão poderíamos ter um inventário feito em vários tabelionatos, em momentos diferentes, ao arrepio da lei.

A Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, entendeu que a partilha parcial é hipótese excepcional, devendo o notário descrever na escritura o motivo da sua realização, já que a sonegação de bens do inventário é proibida, vejamos a regra:

119. (...). É admissível o inventário com partilha parcial, embora vedada a sonegação de bens no rol inventariado, justificando-se a não inclusão do(s) bem(ns) arrolado(s) na partilha.

Para se evitar que a partilha parcial seja realizada, o Tribunal de Justiça do Pará obriga que os tabeliães exijam a última declaração de imposto de renda do falecido, objetivando verificar se todos os bens estão sendo inventariados. Assim se evita fraude, motivo pelo qual sugerimos aos notários de outros estados que tomem a mesma providência.

Por esses motivos, discordamos do entendimento que prega ser possível a realização de partilha parcial.

V. A PRESENÇA DO ADVOGADO COMUM A TODOS OS INTERESSADOS, OU QUE CADA UM SEJA REPRESENTADO PELO SEU DE FORMA INDIVIDUAL, OU AINDA QUE AS PARTES ESTEJAM ASSISTIDAS POR DEFENSOR PÚBLICO

O advogado é indispensável à administração da justiça, conforme estabelece o art. 133 da Constituição Federal, motivo pelo qual andou bem o legislador ao estabelecer tal requisito para que o profissional da advocacia possa auxiliar as partes na realização desta escritura e resguardar os seus direitos.

A Lei 11.965/2009 alterou o art. 982, § 1.º, do Código de Processo Civil, para instituir a obrigatoriedade de as partes serem representadas não só pelo advogado, mas também pelo defensor público.

Entendemos que tal inclusão foi desnecessária, haja vista que o defensor público é um advogado concursado, e que defende os interesses do Estado em diversos segmentos, tais como na assistência jurídica aos necessitados. Por esse motivo é que o art. 8.º da Resolução 35 do CNJ já determinava mesmo antes dessa mudança:

“Art. 8.º 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”.

O Colégio Notarial do Brasil, em suas recomendações, estabelece que, se as partes comparecerem sem advogado, o tabelião não deverá indicar um profissional, devendo recomendar às partes que procurem um advogado de sua confiança ou, se não tiverem, recorram à OAB. Reverencia-se a atitude do Colégio Notarial do Brasil de preocupar-se, de antemão, com essa questão, pela respeitabilidade que possui para com os notários de todo o Brasil.

O mesmo posicionamento teve a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo que, na conclusão 3.2, vedou aos tabeliães a indicação de advogado às partes, que deverão comparecer, para o ato notarial, acompanhadas de profissional de sua confiança. Na conclusão seguinte, que recebeu o número de 3.3, a recomendação foi no sentido de que, 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 OAB.

Assim, como já concluímos anteriormente, não poderá o tabelião indicar um advogado às partes, ou até mesmo manter um advogado de

plantão no tabelionato, por ser tal conduta antiética e incompatível com o exercício da advocacia.

REFERÊNCIAS

CASSETTARI, Christiano. *Elementos de Direito Civil*. 2^o ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos*. São Paulo, Atlas, 2014.

CASSETTARI, Christiano. *Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública: Teoria e Prática*. 6^o ed. São Paulo, Método, 2013.