

ARTIGO



# Separação, extinção de união estável, divórcio, inventário e partilha consensuais, de acordo com o novo CPC

// Zeno Veloso

*Professor de Direito Civil e Direito Constitucional aplicado; doutor honoris causa da Universidade da Amazônia; notório saber reconhecido pela Universidade Federal do Pará; membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; medalha do Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados; Voto de Louvor do Senado Federal; diretor regional do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.*

## I – Introdução

A Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, alterou completamente – e para melhor, muito melhor – o panorama do Direito brasileiro com relação aos temas que veio regular – a separação, o divórcio, o inventário e a partilha – que, desde então, puderam ser feitos por via administrativa, através de escritura pública, observados os requisitos mencionados na aludida lei, representando negócios jurídicos com eficácia plena, por si mesmos, abrindo-se, pois, a faculdade de serem resolvidas essas questões fora do Poder Judiciário. Tratou-se, sem dúvida, de um grande avanço, de um progresso memorável em nosso ordenamento.

No art. 1º, a Lei nº 11.441/2007 deu nova redação ao art. 982 do antigo Código de Processo Civil, que ficou assim:

*“Art. 1º - Havendo testamento ou interesse 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.”*

*§1º - 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”.*

Aqui, a referida lei regulou tema relativo ao Direito das Sucessões.

O art. 3º da Lei nº 11.441/2007 acrescentou o art. 1.124-A no antigo Código de Processo Civil, *verbis*:

*“Art. 3º - 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 ou por defensor público, 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”.*

Neste ponto, a citada lei normatizou matéria integrante do Direito de Família. No § 2º, antes transcrito, foi a Lei nº 11.965, de 2009, que previu que os contratantes podiam ser assistidos por defensor público.

Os poucos artigos da Lei nº 11.441/2007 geraram efeitos incontáveis, regendo situações diversas, inimagináveis por seus autores, mostrando que a lei, muitas vezes, elege o seu destino, abre veredas, segue caminhos próprios e é mais sábia do que o legislador.

Como apareceram muitas divergências quanto à aplicação da referida lei – e algumas dúvidas e objeções foram apresentadas pelos que renegam o novo e preferem manter a mesmice, o atraso –, os Tribunais de alguns estados emitiram provimentos, editando regras interpretativas e estabelecendo preceitos relativos à aplicação da Lei nº 11.441/2007.

Entretanto, muitas regras dos diversos Tribunais eram conflitantes entre si, gerando desconforto, perplexidade, insegurança. O Conselho Nacional de Justiça – CNJ resolveu intervir, considerando a necessidade de adoção de medidas uniformes quanto à aplicação dessa lei em todo o território nacional, com vistas a prevenir e evitar conflitos, e editou a Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007, que é de leitura e conhecimento obrigatórios para quem deseja estudar o assunto.

A Resolução nº 35 do CNJ alcançou o objetivo de pacificar a matéria, superando as dificuldades que surgiram com a desconcórdia entre os provimentos estaduais, mas, sem dúvida, algumas regras que ela contém são de Direito material, autênticas normas substanciais, que só poderiam ser emitidas pelo Congresso Nacional, e com a sanção do presidente da República.

Enquanto a Lei nº 11.441/2007 tinha somente cinco artigos, sendo que o art. 4º afirmava que ela entraria em vigor na data de sua publicação e o art. 5º revogava o parágrafo único do art. 983 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro 1973 – antigo Código de Processo Civil, restando os três primeiros artigos para tratar de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual, a Resolução nº 35/2007 do CNJ, para regulamentar esses três dispositivos, pasmem, tem 54 artigos!

Não há nenhum exagero em afirmar que a Lei nº 11.441/2007 foi de extrema importância, introduziu um avanço notável, representou verdadeiro marco no Direito brasileiro, porque facultou aos interessados adotar um procedimento abreviado, simplificado, fora do Poder Judiciário, sem burocracia, sem intermináveis idas e vindas. O cidadão passou a ter razoável certeza do momento em que começa e da hora em que acaba o procedimento, a solução de seu problema. E isso é fundamental, sobretudo quando se trata de superar a crise dolorosa e aguda na relação familiar.

Se o afeto acabou, o relacionamento amoroso findou, o casamento faliu, marido e mulher, com a separação e o divórcio, apenas querem legalizar uma situação já

existente, pretendem somente formalizar o desmoronamento da vida conjugal. O desamor é um naufrágio. Se, afinal, o desencontro, irremediavelmente, ocorreu, o desenlace é inevitável, o viver juntos tornou-se insuportável, o legislador não tem de criar obstáculos e dificuldades para que se chegue, prontamente e com segurança, ao desfecho do impasse, mas, ao contrário, precisa facilitar a materialização da dissolução da união que, na vida e na prática, já acabou. A separação ou o divórcio não é a causa ou a doença, mas o remédio para o mal. Um remédio amargo, talvez. Mas, às vezes, é preciso tomar medicamento travoso para curar a enfermidade.

Advirto que essas observações a respeito de marido e mulher se estendem à união estável e ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, francamente admitidos, atualmente, no Brasil (infra, n<sup>os</sup>. 1 e 6).

Durante um longo e tenebroso tempo, e sob o argumento falacioso de que “era preciso manter a paz e a tranquilidade das famílias”, o divórcio foi proibido em nosso país, como se isso pudesse garantir o amor eterno. Tratava-se de influência da religião, outrora oficial. No Direito canônico, o casamento é considerado sacramento e não se admite a dissolução do vínculo conjugal válido, fora da morte, e apenas se concede a separação *quoad thorum et habitationem*, equivalente ao antigo desquite e à atual separação.

Graças, sobretudo, à atuação de um homem admirável, grande político e jurista, Nelson Carneiro – o pai do moderno Direito de Família legislado do Brasil –, conseguimos superar a questão, vencer as adversidades, e o divórcio, desde 1977, é permitido. Mas foi mantido o desquite, com mudado nome: separação judicial.

Tanto a separação judicial – como a própria denominação indica – quanto o divórcio só eram obtidos através de ação judicial, com todos os percalços, dificuldades e angústias dos que precisam resolver alguma pendência na Justiça.

A Lei nº 11.441/2007 alterou profundamente o quadro. Mantida a possibilidade de se recorrer à Justiça, que, aliás, é garantia constitucional, permitiu, sob determinadas condições e havendo acordo entre as partes, que a separação e o divórcio, bem como o inventário e a partilha sejam feitos administrativamente, por acordo de vontades, através de simples escritura pública, esbarteando, portanto, uma solução negocial. Houve, inequivocamente, a desjudicialização (!) da matéria.

Portanto, na interpretação da Lei nº 11.441/2007, esses fatos e essas razões tinham de ser observados, precisavam ser considerados. Tratava-se de uma lei que veio facilitar, baratear, simplificar, descomplicar, desburocratizar. O que for estabelecido na escritura de separação e divórcio, de inventário e partilha tem de ter a mesma força e vigor do que a sentença judicial respectiva. Ou é assim – e tem de ser assim –, ou de nada teria adiantado o esforço.

***"A união estável é uma situação de fato que preexiste ao contrato de convivência que os interessados celebrarem".***

O novo CPC - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - repetiu, praticamente, as disposições a respeito do assunto do antigo CPC (com a redação que havia determinado a Lei nº 11.401/2007). Transcrevo, então, os preceitos da nova lei processual:

*Art. 610 - Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.*

*§ 1º - Se todos forem capazes e concordados, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.*

*§ 2º - O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.*

*Art. 733 - O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.*

*§ 1º - A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.*

*§ 2º - O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.*

Além do que determinam os aludidos artigos da lei processual, os notários devem ter o cuidado de observar, também, as disposições (abundantes) da Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. E não devem deixar de ficar atentos aos Códigos de Normas (enormíssimos!) e provimentos das Corregedorias estaduais, que se multiplicam, e acabam por dar ao nosso ordenamento jurídico o aspecto desalentador e preocupante de uma babel normativa. *Quosque tandem...?*

## II - Comentários

1. Alguns autores opinaram que a Lei nº 11.441/2007 incorreu em omissão, porque não previu que as questões referentes à união estável pudessem ser resolvidas por escritura pública. A crítica não procedia. A união estável é uma situação de fato. Observados os requisitos do art. 1.723 do

Código Civil, a entidade familiar está constituída, automaticamente, por força de lei, independentemente de qualquer formalidade, sem necessidade de algum papel ou documento. O Código Civil, art. 1.725, permite que, por contrato escrito, os companheiros escolham o regime de bens que vigora entre eles, diferente do regime legal, que é o da comunhão parcial de bens. Nada impede que os companheiros celebrem um contrato – por escritura pública ou instrumento particular – reconhecendo a existência de união estável entre eles, adotando cláusulas, regulando alguns aspectos de seu relacionamento.

Aproveito para advertir, como tenho feito em vários escritos, que o contrato celebrado pelas partes não tem a força e o poder de **instituir**, de **criar**, a união estável, mas, apenas, de reconhecer a sua existência. A união estável é uma situação de fato que preexiste ao contrato de convivência que os interessados celebrarem. O contrato escrito pode estabelecer alguns efeitos para a união estável, especialmente, no que pertine às relações patrimoniais (CC, art. 1.725).

Insisto: a união estável, como entidade familiar, formou-se pelo decurso do tempo, com a observância dos requisitos exigidos pelo art. 1.723 do Código Civil: convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. E a união estável se dissolve e se extingue com a ruptura da vida comum, sem necessidade de nenhum escrito atestando este fato. Ou seja, se a afetividade terminar, a dissolução da união estável dá-se pela extinção da vida em comum, pelo término da convivência. Mas nada impede – ao contrário, tudo milita para que isso ocorra – que os ex-companheiros celebrem um contrato, expressando o fim de sua união, estabelecendo os efeitos patrimoniais dessa dissolução – partilha de bens, obrigação alimentícia – e outras disposições. O art. 733 do novo CPC, expressamente, admitiu a extinção consensual de união estável por escritura pública, e cortou pela raiz qualquer dúvida.

Preliminarmente, e a respeito da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, devo apresentar algumas considerações. A Constituição Federal de 1988 trouxe alguns avanços com relação ao divórcio, abolindo algumas dificuldades que a legislação anterior previa. Mesmo assim, manteve alguns entraves para a obtenção do mesmo. Dizia, na sua versão original, o art. 226, § 6º, da Carta Magna:

*“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”.*

Regulando a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, o Código Civil de 2002, art. 1.571, edita que 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”. O § 1º deste art. 1.571 dispõe: “O casamento válido só se dis-

***“Para que o casal promova sua separação, via administrativa, através de escritura pública, não pode ter filhos menores ou filhos maiores que sejam incapazes”.***

solve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente”.

No sistema do Código Civil, a separação judicial podia ser unilateral, litigiosa, baseada na culpa ou na ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua constituição, ou amigável, por mútuo consentimento dos cônjuges

“se forem casados por mais de um ano”.

Por sua vez, a respeito do divórcio, o art. 1.580, *caput*, previa: “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”. Era o divórcio por conversão. Mas havia o divórcio direto, admitido no § 2º do art. 1.580 do Código Civil: “O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Como já salientei, com o advento da Lei nº 11.441/2007, foi extinto o monopólio do Estado com relação ao tema e prestigiada a autonomia da vontade, prevendo-se que tanto a separação consensual como o divórcio consensual fossem feitos administrativamente, por meio de escritura pública.

Mas a grande revolução nesta matéria ocorreu com a aprovação e a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, publicada no Diário Oficial da União, de 14 de julho de 2010, que determinou nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que passou a dizer, simples, direta e inequivocamente: ***o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.***

A partir dessa EC nº 66/2010 ficou sensivelmente facilitada a consecução do divórcio, que pode ser pleiteado por ambos ou por um dos cônjuges, sem ter de declinar nenhum motivo para tal, e sem ter de aguardar prazos. A qualquer tempo, até no dia seguinte ao do casamento, o divórcio pode ser pedido.

Muitos civilistas nossos - a expressiva maioria deles -, diante do art. 226, § 6º, da Carta Magna entenderam que estava automaticamente abolida a figura da separação de direito, entre nós, seja a judicial ou a administrativa, e a única forma para extinguir tanto a sociedade conjugal quanto o vínculo matrimonial, simultaneamente, é o divórcio. Apesar da resistência de alguns, com a aprovação da EC nº 66/2010, a separação desapareceu do sistema jurídico, garante Maria Berenice Dias (*Divórcio Já!: comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010*, RT, São Paulo, 2010, p. 128), que acrescenta:

“Ainda que permaneçam no Código Civil os dispositivos que regiam o instituto (CC 1.571 a 1.578), tal não significa que persista a possibilidade de alguém buscar somente o “término” do casamento, quer



judicial quer extrajudicialmente. Agora só é possível pleitear a dissolução do casamento via divórcio”.

Mas vezes importantes - em minoria, embora - disseram que a separação de direito continua em nosso ordenamento, que a EC nº 66/2010 não tivera a intenção de aboli-la, que a dicotomia permanece e só com a revogação das normas da legislação ordinária, infraconstitucional, que a prevê e regula, é que a separação de direito vai acabar.

Entretanto, mesmo a se admitir que a separação de direito - judicial e por escritura pública - remanesce em nosso meio jurídico, ela tem de ser interpretada, precisa ser recebida e aplicada diante da nova ordem estabelecida pela EC nº 66/2010. Por exemplo: se o divórcio, ou seja, a própria extinção do vínculo conjugal é possível sem nenhum requisito temporal, como se admitir que a separação por mútuo consentimento só possa ser obtida se os cônjuges forem casados “por mais de um ano”, conforme prescreve o art. 1.574 do Código Civil?

A corrente doutrinária que prega a manutenção das duas figuras, o divórcio e a separação de direito, em nosso ordenamento, ganhou reforço com a entrada em vigor do novo CPC, que, expressamente, menciona a separação consensual nos arts. 731 e 733, bem como se refere à separação em outros dispositivos: arts. 53, I; 189, II; 693. Sobre o assunto, sugiro a leitura do livro *O Novo CPC e o Direito Civil* (Gen/ Método, São Paulo, 2015, p. 367), do jurista Flávio Tartuce, que considera “uma grande infelicidade, um total retrocesso” a manutenção da separação judicial ou extrajudicial no novo Código de Processo Civil Brasileiro.

A par dessa questão jurídica, de continuar ou não em nosso ordenamento, oficialmente, a separação de direito ao lado do divórcio, e mantido esse sistema dual ou binário de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, na vida social - no Direito vivo que a gente vive -, a separação judicial ou extrajudicial está definindo, praticamente acabou, ninguém mais quer saber dela. Basta olhar em volta, despido de preconceitos e com boa-fé, e se conclui que as pessoas só estão se utilizando do divórcio para resolver a questão existencial.

Rodrigo da Cunha Pereira - jurista ilustríssimo, fundador e presidente nacional do IBDFAM, um dos autores intelectuais do projeto que deu origem à Emenda Constitucional nº 66/2010 - não tem dúvidas de que a nova ordem constitucional então estabelecida a respeito da matéria não recepcionou a legislação ordinária que menciona e regula a separação de direito e o divórcio, apontando princípios jurídicos e argumentativos da “extirpação da anacrônica separação judicial”, e observa:

“De qualquer forma, o instituto da separação judicial/administrativa, ainda que sobreviva apenas como opção, tende a se tornar ‘peça de museu’. Afinal, qual é o sentido de se chegar ao objetivo de se pôr fim ao casamento passando antes por uma separação judicial/administrativa? Se o motivo é a convicção religiosa, ou mesmo dificuldade de ordem emocional e psíquica, basta que se faça uma separação de corpos, que também pode ser judicial ou administrativa” (in *Divórcio: teoria e prática*, 4ª ed., de acordo com a Emenda Constitucional nº 66/2010, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 54).



Miguel Reale, no seu livro primoroso, que nenhuma verdadeira biblioteca jurídica pode deixar de ostentar em sua prateleira, menciona que, muito embora prevaleça a tese contrária a essa forma de revogação, de acordo com o princípio corrente de que “uma lei só se revoga por outra lei de igual ou maior categoria”, é preciso reconhecer que não se pode admitir a eficácia de uma norma legal que, durante largo tempo, não teve qualquer aplicação, tão profundo era o seu divórcio com a experiência social (cf. *Lições Preliminares de Direito*, 4ª ed., 1977, Saraiva: São Paulo, pp. 121 e 157).

Abordei a grave questão no livro *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil - artigos 1º ao 6º* (2ª ed., 2006, Unama: Belém, nº 42, p. 102, cuja “orelha” traz uma apresentação de meu saudoso e querido mestre Miguel Reale), e disse que há autores que admitem que o desuso tem o poder de revogar ou antiquar a lei: “A **desuetudo** é o efeito jurídico negativo do costume”. Mas o princípio prevalecente em nosso Direito é de que só podemos conceber a norma consuetudinária que se acorde com a lei ou que a complete, sendo inadmissíveis as *contra legem*. O assunto, todavia, está impregnado de forte componente ideológico, envolvido por formulações jurídicas, filosóficas, políticas, sociológicas.

Praticamente, tudo que se pode fazer e estatuir, por escritura pública, para formalizar a separação consensual e o divórcio consensual das pessoas que se casaram, pode ser realizado e estabelecido, por escritura pública, para confirmar o desfazimento da união dos que optaram em constituir família sem o vínculo matrimonial. O novo CPC, art. 733, como vimos, menciona a extinção consensual de união estável.

E essa conclusão se aplica às relações homoafetivas. O Supremo Tribunal Federal - STF, em 5 de maio de 2011, no julgamento conjunto da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.227, relator ministro Carlos Ayres Britto, decidiu, por unanimidade, com eficácia contra todos e efeito vinculante, que as uniões homoafetivas são entidades familiares, com os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis entre homem e mulher, ficando ambas submetidas ao mesmo regime jurídico (cf. Marianna Chaves, *Homoafetividade e Direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade*, Curitiba, Juruá Editora, 3ª ed., 2015, p. 268, obra que tive a honra de apresentar). O casal homossexual pode, é claro, celebrar uma escritura pública, declarando, formalmente, seu relacionamento familiar, segundo sua orientação sexual, que tem de ser respeitada, que não pode ser objeto de preconceito e discriminação. Esse pacto de convivência é legítimo. Do mesmo modo, pode a parceria homossexual outorgar escritura pública, reconhecendo a extinção do relacionamento e a separação dos conviventes, estatuinto, inclusive, efeitos patrimoniais. Mas, se houver filho comum (no caso de adoção conjunta, o que a jurisprudência vem admitindo), e se o filho é menor ou incapaz, a extinção do relacionamento homoafetivo precisa ser objeto de ação judicial.

***“Assim como para o divórcio, os cônjuges podem, a qualquer tempo, promover a separação consensual”.***

2. Para que o casal promova sua separação, via administrativa, através de escritura pública, não pode ter filhos menores ou filhos maiores que sejam incapazes. E é preciso observar o prazo do art. 1.574 do Código Civil, ou seja, os cônjuges precisam estar casados há mais de um ano? Já disse que não. Esse prazo é incompatível com a ordem constitucional implantada pela EC nº 66/2010. Não obstante, o art. 47 da Resolução nº 35, do CNJ, com a redação dada por decisão plenária, realizada em 12 de abril de 2016, para a lavratura da escritura pública de separação consensual, prevê que deve ser observado o prazo de um ano de casamento. A meu ver, é um equívoco. Esse prazo, mencionado no art. 1.574 do Código Civil, não é mais exigível. Assim como para o divórcio, os cônjuges podem, a qualquer tempo, promover a separação consensual.

Se o casal tem filho com menos de 18 anos, que, entretanto, foi emancipado, consoante o art. 5º, parágrafo único, incisos I a V, do Código Civil, pode separar-se por escritura pública. A emancipação faz cessar a incapacidade; a pessoa emancipada fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Não há interesse de incapaz a ser resguardado pelo Ministério Público e pelo juiz, e, por isso, não há razão ou motivo para proibir que os pais de um filho emancipado promovam a sua separação pela via administrativa.

O legislador sinalizou, claramente, que não quer que a separação e o divórcio sejam realizados administrativamente, por escritura pública, se o casal tem filho menor ou incapaz. A dissolução da vida conjugal, nesse caso, precisa seguir, inexoravelmente, o procedimento judicial. É que todas as questões relativas aos filhos pequenos (crianças, adolescentes) ou maiores, mas incapazes, - guarda, visita, alimentos e outras disposições - têm de ser feitas com a fiscalização do Ministério Público e direta intervenção do juiz, além de participação de equipe interdisciplinar, se for o caso.

Cristiano Chaves de Farias (*O novo procedimento da separação e do divórcio - de acordo com a Lei nº 11.441/2007*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.134) opina que, se o casal tem prole, ainda incapaz, comum, poderá deliberar a dissolução de suas núpcias por meio de escritura pública, “desde que o pacto ajustado não verse sobre eventuais direitos dos filhos, que são indisponíveis”. Assim, o casal poderia, através de escritura pública, ajustar a partilha dos bens comuns, os alimentos devidos reciprocamente e a eventual permanência do nome de casado, deixando para resolver as questões atinentes à guarda e visita dos filhos e aos alimentos devidos a eles (além de outras eventuais indagações) na via judicial, através de ações próprias. Embora louvando a criatividade da ideia do autor, que almeja facilitar a solução da crise conjugal, deixando para juízo sucessivo a decisão sobre os interesses dos filhos, confesso que tenho grande dificuldade de aderir à sua tese, na falta de uma disposição legal expressa a esse respeito.

Apesar da vedação expressa que faz a lei para a utilização da separação ou do divórcio extrajudicial se o

casal tem filhos menores, ou filhos maiores, mas incapazes, Rolf Madaleno (*Curso de Direito de Família*, Forense: Rio de Janeiro, 2008, n. 6.35.3, p. 253) pondera que em nada interfere a separação ou o divórcio extrajudicial se o casal já cuidou de acordar em demanda precedente os interesses pertinentes à guarda, visitas e aos alimentos da sua prole menor ou incapaz, ou mesmo se já tratou desses itens em uma antecedente separação consensual de corpos, homologada e transitada em julgado. Essa opinião de Rolf tem respaldo no Ddireito comparado, especialmente na legislação portuguesa, como será visto logo a seguir, e coincide com a lição de Cristiano Chaves de Farias, acima apontada, a respeito da qual já dei o meu parecer, que é extensivo ao magistério do professor Madaleno.

Mas não se deve fazer confusão entre este caso com outro, que é o seguinte: o casal tem filhos menores e resolveu a questão do divórcio na Justiça, inclusive, solucionando tudo o que se referia aos filhos: guarda, pensão alimentícia, etc. Mas não houve acordo quanto à partilha de bens. O Código Civil, art. 1.581, edita: "O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens" (cf. Súmula 197 do STJ). Em seguida ao divórcio, já com a sentença judicial devidamente averbada no Registro Civil, os ex-cônjuges - mesmo que os filhos ainda sejam menores - podem celebrar uma escritura pública de partilha de bens.

Devo mencionar, entretanto, que, em março de 2013, na VI Jornada de Direito Civil (patrocinada pelo Conselho da Justiça Federal - CJF), foi aprovado o Enunciado nº 571: "Se comprovada a resolução prévia e judicial de todas as questões referentes aos filhos menores ou incapazes, o tabelião de notas poderá lavrar escrituras públicas de dissolução conjugal". Minha dificuldade em aceitar este entendimento está na convicção de que a ressalva ou a exceção devia ter sido prevista na lei. Veja-se que o novo CPC, que acaba de entrar em vigor, não adotou a reserva ou a restrição que propõe o citado Enunciado nº 571.

No Direito português, a separação de pessoas e bens, por mútuo consentimento, é requerida por ambos os cônjuges, sem indicação de causa, e pode ser judicial ou administrativa, esta última na Conservatória do Registro Civil, se o casal não tiver filhos menores, ou se, havendo esses filhos, o poder paternal já estiver judicialmente regulado. As mesmas regras se aplicam ao divórcio por mútuo consentimento (cf. Código Civil português, arts. 1.773,2; 1.778-A, 1; 1.794). Portanto, lá como aqui, não é mais exigível, de modo absoluto, uma declaração judicial, mediante sentença, para a dissolução da sociedade conjugal (separação) ou para a extinção do casamento (divórcio). Para melhor conhecimento do assunto, indico, na doutrina portuguesa: Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Coimbra Editora, 2001, 2ª ed., com a colaboração de Rui Moura Ramos, nº 236, p. 558 e nº 251, p. 596; Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL/ Lisboa, 2008, nº 28.1, p. 594 e nº 34, p. 614.

**"Para que o casal promova sua separação através de escritura pública, não pode ter filhos menores ou filhos maiores que sejam incapazes".**

E se a esposa estiver grávida, pode separar-se por escritura pública? A Lei nº 11.441/2007 dizia que a via administrativa para a dissolução da vida conjugal só é possível se não houvesse filhos menores ou incapazes. A meu ver, a disposição incluía o nascituro. O nascituro não é um vegetal, uma coisa qualquer, mas uma pessoa que está por nascer.

Todo ser humano menor de 18 anos recebe proteção especial, não só depois, como antes do nascimento. A personalidade civil começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, art. 2º). Sim, há direitos que não dependem do nascimento com vida. O primeiro deles é o direito à própria vida, e mais: direito à integridade física, à saúde, aos alimentos, direito de ser reconhecido, de ser adotado, de estar submetido ao poder familiar, à curatela, de receber doação, direito sucessório. O nascituro já adquiriu o *status* de filho. Silmara J.A. Chinelo e Almeida (*Tutela civil do nascituro*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 222) enuncia: "Tendo em vista que o nascituro é um ser humano, é plenamente defensável poder ser incluído no conceito de *criança* do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo interpretação sistemática do ordenamento jurídico".

Sem o servilismo de uma compreensão literal-gramatical, e, ao contrário, fazendo uma interpretação teleológica, finalística, dando uma exegese extensiva, com leitura do texto conforme a Constituição Federal, não tenho dúvida em concluir que, mesmo diante da Lei nº 11.441/2007, se o casal está esperando um filho, se há uma criança *in fieri*, a separação por via administrativa **não é admissível**. Como diz Ferrara, citado por Carlos Maximiliano, os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico. Neste assunto, a semelhança das hipóteses supera a mera semelhança, é mais do que aparência, chegando à equivalência, à igualdade (cf. Christiano Cassetari. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática*. 7ª ed., São Paulo: Método, 2015, p. 59, livro que prefaciei, com muita honra). Atualmente, a questão está pacificada, pois o art. 733 do novo CPC prevê que o divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável não poderão ser realizados por escritura pública havendo nascituro ou filhos incapazes.

O parágrafo único do art. 34 da Resolução nº 35, do CNJ (incluído pela Resolução nº 220, de 26/4/2016) prevê: "As partes devem, ainda, declarar ao tabelião, na mesma ocasião, que o cônjuge virago não se encontra em estado gravídico ou, ao menos, que não tenha conhecimento sobre esta condição".

**3.** É possível que na escritura pública o separando seja representado por procurador. Mas o mandato tem de ser outorgado por instrumento público, para atender à exigência do art. 657, primeira parte, do Código Civil, e deve conter poderes especiais. O mandato em termos gerais não pode ser utilizado para a representação numa escritura pública de separação. O art. 1.542 do Código Civil deve ser aplicado, analogicamente. Por sinal, num sistema jurídico como o nosso, que admite



a celebração do próprio casamento por procuração, que razão haveria para que a separação e o divórcio não pudessem ser feitos com a utilização de mandato? Alerta-se que a circunstância de estar o cônjuge representado por procurador não dispensa a presença do advogado ou do defensor público que, na forma da lei, deve assistir as partes, conforme mostrarei a seguir.

O art. 36 da Resolução nº 35, do CNJ, enuncia que 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 30 dias. A regra se estende ao caso de extinção consensual de união estável. Mas o prazo de “validade” que estabeleceu é muito exíguo. Infelizmente, nossos Correios têm recebido muitas críticas pelo tempo enormíssimo que está gastando na entrega das correspondências. E isso quando o destinatário está numa Capital; imagine-se o que ocorre quando a carta é enviada a um desses interiores longínquos do Brasil, com dificuldades imensas de transporte, comunicação... E se uma das partes está no exterior, mesmo em países de nosso entorno, na América Latina, é comum a carta levar mais de 30 dias para ser entregue ao destinatário. Por sinal, aquele prazo, para seguir os três planos do mundo jurídico, genialmente expostos por Pontes de Miranda, não seria de validade, porém, de eficácia (cf. Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do Fato Jurídico - Plano da Existência*, Saraiva, São Paulo, 18ª ed., 2012, § 23, p. 136). Interessante é que, no art. 12, a citada Resolução nº 35, do CNJ, admite, também, a utilização de procuração, por instrumento público, pelas partes, no inventário e na partilha extrajudiciais, mas já não determina um prazo de eficácia para a procuração.

4. Na escritura de separação, de extinção consensual de união estável, ou de divórcio (bem como na de inventário e de partilha consensuais), os contratantes têm de ser assistidos por advogado comum ou advogado de cada um deles. A presença desse profissional, legalmente habilitado na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, é exigência capital, solenidade imposterável, cuja preterição invalida a escritura, fulminando-a de nulidade, consoante o art. 166, inciso V, do Código Civil. O art. 733, § 2º, do novo CPC edita: “O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial” (cf. arts. 8º e 9º da Resolução nº 35, do CNJ).

Não há necessidade de as partes entregarem uma procuração ao advogado. A meu ver, já há o mandato tácito, previsto no art. 656 do Código Civil, caracterizado pela própria presença do advogado, assistindo seu cliente, fiscalizando o ato, assinando a escritura pública.

5. A Lei nº 11.441/2007, ao introduzir o art. 1.124-A no CPC revogado, permitiu o emprego da via administrativa não somente para a separação consensual - que extingue a

sociedade conjugal - como para o divórcio consensual - que rompe o vínculo matrimonial, dissolve o próprio casamento. O art. 733 do novo CPC segue a mesma solução e ainda estende a previsão para a extinção consensual da união estável. Aproveito para observar que neste, como em muitos outros pontos, o novo CPC equiparou o casamento e a união estável. E é expressivo, neste sentido, o art. 693, *caput*, do novo CPC, que faz parte do Capítulo DAS AÇÕES DE FAMÍLIA e diz: “As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação”.

6. Dizia o art. 1.124-A do antigo CPC - incluído pela Lei nº 11.441/2007 - que da escritura pública constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns, 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. O novo CPC, art. 733, quanto às escrituras de divórcio consensual, separação consensual e extinção consensual de união estável, determina que nas mesmas constarão as disposições do art. 731, e este mencionado artigo, do novo CPC, diz:

*Art. 731 - A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:*

*I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;  
II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;  
III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e  
IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos.*

*Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts. 647 a 658.*

Não se pense que essas cláusulas devam constar, obrigatoriamente, nessas escrituras. Como promover a partilha de bens comuns, se o casal não tem bens a partilhar? Como fixar o valor da pensão alimentícia, se ninguém vai pagar pensão?

Em suma, as aludidas disposições constarão nas escrituras, se for possível, necessário, dependendo do caso concreto, do interesse das partes.

***“Se o casal está esperando um filho, se há uma criança in fieri, a separação por via administrativa não é admissível”.***

O Código Civil, art. 1.565, §1º, prevê: “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá crescer ao seu o sobrenome do outro”. No *Tratado de Direito das Famílias* (IBDFAM, Belo Horizonte, 2015), coube-me escrever o Capítulo 9 - *Nome Civil da Pessoa Natural*, e, claro, abordei a alteração do sobrenome pelo casamento (nº 9.5, p. 441, do aludido



*Tratado*). Disse, então, que por força da lei, fica autorizado o varão acrescentar ao seu o sobrenome da mulher, ou esta acrescentar o sobrenome do marido - o que é costume em nosso país-, bem como pode, cada um, continuar com o nome que já tem. Todavia, o maior avanço é que a norma, ao que parece, permite que o varão acresça ao seu o sobrenome da mulher e, por sua vez, a mulher acresça ao seu o sobrenome do marido, havendo uma troca de sobrenomes.

E isso tudo se aplica aos casais homossexuais, uma vez que a jurisprudência já admite não só a união estável, como o próprio casamento entre as pessoas do mesmo sexo (cf. STJ, REsp 1.183.378/RS, 4ª Turma, relator ministro Luis Felipe Salomão, julgamento realizado em 1º de fevereiro de 2012).

Diante da decisão do STJ, no aludido REsp nº 1.183.378/RS, foi editada a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, pelo presidente do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, ministro Joaquim Barbosa, dispondo sobre a habilitação, a celebração de casamento civil ou a conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, determinando:

*Art. 1º - É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.*

*Art. 2º - A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao res-*

*pectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.*

A escritura pública de divórcio consensual, de separação consensual ou de extinção consensual de união estável pode conter acordo que signifique partilha, transferência ou atribuição de imóvel rural, e, então, além dos requisitos gerais, devem ser observados os requisitos especiais previstos em lei (infra, nº 21).

É muito comum, em escrituras de separação consensual e de divórcio, que os cônjuges decidam a respeito dos nomes, ou afirmando que um deles vai continuar com o sobrenome do outro, adquirido por ocasião do casamento, ou vai abandonar o sobrenome que adquiriu e voltará a usar o nome que tinha anteriormente.

Sobre o tema, a Resolução nº 35, do CNJ apresenta duas disposições importantes, que transcrevo:

*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. 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.*

Mesmo que existam bens comuns, por exemplo, os interessados podem querer não dividi-los, continuando a propriedade em condomínio, e a divisão poderá ser feita futuramente, por acordo, ou judicialmente. A comunhão se transmuda em condomínio, e a todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, o que pode dar-se amigável ou judicialmente (*actio communi dividundo*, dos romanos). Aplicam-se à divisão do condomínio, no que couber, as regras de partilha de herança (cf. Código Civil, arts. 1.320 e 1.321).

Tratando-se de separação judicial consensual, o antigo Código de Processo Civil, art. 1.121, § 1º, admitia que a separação fosse homologada sem a partilha de bens. O novo CPC, art. 731, parágrafo único, acima transcrito, prevê: “Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts. 647 a 658”.

O Código Civil, art. 1.581, enuncia que o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens. Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (*Código Civil comentado*, vol. XV, Atlas, São Paulo, 2003, coordenador Álvaro Villaça Azevedo, p. 245) apontam:

“Diferenciando os aspectos pessoais dos patrimoniais, admite o legislador que até mesmo o divórcio possa ser concedido sem que haja prévia partilha de bens. Trata-se de inovação em relação à sistemática legal anterior, e que receberá balizamento na jurisprudência”.

Na III Jornada de Direito Civil, patrocinada pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado nº 255, incidente sobre o art. 1.575 do Código Civil: “*Não é obrigatória a partilha de bens na separação judicial*”. Essa tendência deve ser observada nos casos de separação consensual e divórcio consensual, realizados por escritura pública. O fundamental é resolver a questão pessoal; o problema patrimonial pode ser deixado para depois, e a falta de acordo quanto à divisão dos bens não deve atrapalhar, atrasar ou inviabilizar a separação ou o divórcio. No entanto, nada impede que fique a circunstância mencionada na escritura, ou seja, de que existem bens comuns, e a partilha dos mesmos, se for o caso, será realizada no futuro. É conveniente e útil que essa ressalva fique expressa. E em alguns casos, o casal estabelece que determinados bens, ou algum bem caberá aos filhos, como adiantamento de suas legítimas, e será preciso, em seguida, outorgar a competente escritura de doação.

7. Mencionei, acima, que 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 não são obrigatórias, essenciais. Pode haver escritura de separação consensual ou de divórcio consensual sem referência a esses assuntos e, no caso de existirem bens comuns, deixando a divisão dos mesmos para depois; e nada impede que as partes, nas aludidas escrituras, acordem sobre outras questões, resolvam outras pendências, que não as relativas aos temas apontados no art. 731 do novo CPC. Estão, por exemplo, autorizados a fixar pensão alimentícia a um filho maior e capaz; a resolver que determinado imóvel do casal será doado aos filhos comuns, como adiantamento de suas legítimas; a estabelecer que um dos contratantes exercerá direito real de habitação sobre determinado apartamento. Não se infringindo a lei, a ordem pública e os bons costumes, agindo-se com probidade e boa-fé, quaisquer disposições ou ajustes são possíveis, com base no princípio da liberdade de contratar, da autonomia da vontade, aplicando-se o velho brocardo: *permitted quod non prohibetur*.

8. O Código Civil, art. 1.577, prevê que, seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo. Se, porém, o casal já se divorciou, e deseja reconstituir a vida conjugal, tem de casar novamente, pois o divórcio extinguiu não somente a sociedade conjugal, mas o próprio casamento.

Mesmo que a separação tenha sido feita judicialmente, a reconciliação dos cônjuges que estão separados pode ser feita por escritura pública. Não houve, quanto a isso, referência expressa em nossa lei, mas, sem dúvida, está no seu espírito. Uma lei que veio permitir a separação do casal por escritura pública, portanto, sem intervenção judicial, agilizando, simplificando, facilitando o procedimento, sem dúvida, não estaria homenageando a lógica nem prestigiando o bom senso se exigisse a via judicial para a reconciliação. Então, numa interpretação finalística e sistemática da nossa legislação, observando-se os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 5º), entendo que o restabelecimento da sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, sem necessidade de homologação judicial; mas continua indispensável, a meu ver, na reconciliação, a assistência do advogado das partes ou defensor público. Observe-se que o casal que se reconcilia não pode alterar, por força da própria escritura pública, o regime de bens que outrora vigeu. A sociedade conjugal não pode ser restabelecida com modificações. Embora o novo Código Civil não tenha adotado o princípio da irrevogabilidade e inalterabilidade do regime de bens e, ao contrário, admitiu a mudança do regime, condiciona a alteração a três requisitos: autorização judicial; motivação relevante; ressalva de direitos de terceiros (art. 1.639, § 2º). A norma especial a respeito da matéria, como se vê, exige a intervenção judicial.

Sobre o restabelecimento de sociedade conjugal, ver arts. 48 a 51 da Resolução nº 35, do CNJ.

**9.** Se o casal fizer a descrição de seus bens e promover a partilha dos mesmos, e se esta for desigual – por exemplo, o único imóvel do patrimônio comum coube, exclusivamente, à mulher; ou, no caso de o casal possuir três imóveis, de valores equivalentes, um dos cônjuges fica com um deles, somente, cabendo os demais ao outro cônjuge –, há incidência de imposto de transmissão. O fato gerador do tributo é a diferença dos quinhões atribuídos aos cônjuges; incide o imposto de transmissão (que se chama, também, imposto de reposição) sobre o que exceder à meação (Súmula 116 do STF). O art. 38 da Resolução nº 35 do CNJ prevê: “Na partilha em que houver transmissão de propriedade do patrimônio individual de um cônjuge ao outro, ou a partilha desigual do patrimônio comum, deverá ser comprovado o recolhimento do tributo devido sobre a fração transferida”.

A escritura pública de divórcio consensual, de separação consensual ou de extinção consensual de união estável pode conter acordo que signifique partilha, transferência ou atribuição de imóvel rural, e, então, além dos requisitos gerais, devem ser observados os requisitos especiais previstos em lei (infra, nº 21).

**10.** O art. 1.124-A, § 3º, do antigo CPC dizia que a escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. Bastava, pois, a declaração da parte de que é carente, sem mais nada. Presume-se que a afirmação é verdadeira. Absurdo seria exigir a prova da miséria. Entretanto, o legislador disse menos do que queria e foi necessário dar uma interpretação sistemática e teleológica ao texto. A gratuidade tinha de ser estendida não só aos “demais atos notariais”, como aos atos registrais e a todos os outros que decorrem da escritura e são necessários para a plena eficácia da mesma. O dispositivo legal, com essa compreensão e amplitude, estará sendo lido de modo progressista, democrático, construtivo, conforme a Constituição Federal.

Mas o que o pobre não iria pagar eram as custas, emolumentos notariais e registrais. Teria de pagar o tributo que incidisse sobre o ato. Em alguns estados, são previstos, ainda, selos de segurança e taxas relativas aos atos, destinadas aos tribunais, dos quais os pobres não estão dispensados, salvo provimentos, neste sentido, dos respectivos Tribunais de Justiça.

Esta importante previsão do art. 1.124-A, § 3º, do CPC revogado, a respeito da gratuidade, não foi repetido no novo CPC, como já foi referido.

**11.** No caso de serem fixados alimentos na escritura pública de separação consensual, do varão em favor da mulher ou de filhos maiores, por exemplo, e não havendo, depois, culposamente, o pagamento de prestações, discutia-se se é possível a prisão civil do devedor, com base no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal e no art. 733 do antigo Código de Processo Civil, que corresponde ao art. 528 do novo CPC. Havia a opi-

***“Se os cônjuges não acordaram sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio”.***

nião de que a prisão civil, em consequência do descumprimento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, só era admissível quando a obrigação fosse estabelecida em título executivo judicial. Se o título executivo era extrajudicial – como o que se origina de obrigação assumida em uma escritura pública, por exemplo –, o não pagamento da pensão alimentícia não poderia ensejar a prisão do devedor (STJ, 3ª T., HC 22.401/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, RT, 809/209).

Nunca abracei este entendimento. O devedor de alimentos que, podendo, tendo dinheiro para cumprir, simplesmente não paga a pensão, está comprometendo a própria sobrevivência do credor. Prática, pois, ilícito gravíssimo, que precisa ser reprimido com o máximo rigor. A meu ver, ele tem de ser preso, como meio de coerção – aliás, extremamente eficaz, como bem sabem os que, saindo das puras elucubrações acadêmicas, têm experiência no foro –, com vistas a que ele forneça a verba alimentícia a quem dela necessita para atender necessidades básicas.

O que se decidiu, acordou e estabeleceu na escritura pública de separação ou de divórcio precisa ter a mesma força, o mesmo valor, efeito idêntico ao que teria a sentença do juiz. Se pode ser preso o devedor inadimplente e culposamente da pensão que foi estabelecida com a intervenção do Poder Judiciário, seria um disparate não poder ser preso o devedor inadimplente da pensão alimentícia contraída na escritura pública de separação ou de divórcio consensuais. Sempre entendi que, seja a sentença que tenha previsto a obrigação alimentar, seja um título executivo extrajudicial, o devedor voluntária e inescusavelmente inadimplente de pensão alimentícia pode responder com a prisão civil (cf. Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Maluf, *Curso de Direito de Família*, Saraiva/SP 2013, p. 709).

Caio Mario da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil*, v. V, *Direito de Família*, Gen/Forense, 24ª ed., 2016, atualizada por Tânia da Silva Pereira, nº 428-A, p. 671) observa que o novo CPC cindiu os procedimentos de execução de alimentos, dividindo-se em: execução de alimentos decorrentes de títulos judiciais, regulada pelos arts. 528 a 533, e execução de alimentos decorrentes de títulos extrajudiciais, regulada pelos arts. 911 a 913. Se uma escritura pública de separação consensual, de extinção de união estável, ou de divórcio estabelece a obrigação alimentar, e o devedor não satisfaz o pagamento, fica sujeito a prisão (Novo CPC, art. 911, c/c art. 528, §§ 3º e 7º).

Dediquemos algumas notas sobre este instigante tema: o novo CPC ratificou o que prevê a Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça-STJ, e dispõe no § 7º do art. 528: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”. No livro clássico *Dos Alimentos* (5ª ed., RT/ São Paulo, 2006, p. 741), Yussef Said Cahali expõe que a prisão civil é meio executivo de finalidade econômica; prende-se o exe-



cutado não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas para forçá-lo indiretamente a pagar, supondo-se que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar sua prisão, ou readquirir sua liberdade, mencionando o venerando mestre que, igualmente Barbosa Moreira, Pontes de Miranda e Theodoro Júnior “ressaltam que a prisão civil por alimentos não representa modalidade de procedimento executório de natureza pessoal, mas um meio de coerção tendente a conseguir o adimplemento da prestação por obra do próprio devedor, estando totalmente despojada do caráter punitivo”. Os §§ 5º e 6º, do art. 528, do novo CPC traduzem a compreensão dominante a respeito: “O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas”. “Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão”.

E sobre o art. 528, § 7º, acima transcrito, vamos ouvir a opinião de outros especialistas no assunto, Paulo Lôbo (*Direito Civil - Famílias*, Saraiva, São Paulo, 2008, p. 368) observa que tem sido entendido que os alimentos vencidos há mais de três meses perdem a natureza alimentar, no sentido estrito, não justificando por isso o decreto de prisão. Flávio Tartuce (*Direito Civil, v. 5, Direito de Família, Gen/Forense*, Rio de Janeiro, 11ª ed., 2016, p. 595) consigna que a jurisprudência tem determinado a prisão quando o devedor tem o costume de não pagar integralmente os alimentos devidos, sem deixar caracterizar os três meses de inadimplência, visando a furtar-se à prisão. Maria Berenice Dias (*Manual de Direito das Famílias*, RT, São Paulo, 10ª ed., 2015, p. 633) pondera que não há necessidade de que estejam vencidas três prestações para o credor buscar a cobrança: “O inadimplemento de uma única parcela já autoriza o uso da via executória”.

**12.** Copiando o que constava na Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977, art. 3º, § 1º), o Código Civil, art. 1.576, parágrafo único, enuncia que o procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão. Carlos Roberto Gonçalves (*Direito Civil Brasileiro, v. 6, Direito de Família*, Saraiva, São Paulo, 11ª ed., 2014, p. 224) leciona que o caráter personalíssimo da ação de separação vem estampado no parágrafo único do art. 1.576, do Código Civil, mas a segunda parte deste dispositivo abre uma exceção, permitindo que, no caso de incapacidade do cônjuge, este seja representado pelo curador, pelo ascendente e pelo irmão, observando que o legislador tem sido criticado por falar em representação, e não em substituição processual, como seria correto, e que a ordem enunciada no aludido parágrafo único do art. 1.576 é **preferencial**: havendo curador, unicamente a ele caberá a “representação” do cônjuge incapaz, e, somente se não houver curador, a representação passará sucessivamente ao ascendente e ao irmão.

Pode-se admitir uma aplicação por analogia e pensar que o curador ou aqueles parentes do cônjuge incapaz estão autorizados a representá-lo numa escritura pública de separação ou de divórcio, utilizando essa via administrativa para regularizar a extinção da vida conjugal?

**“O devedor de alimentos que, podendo, não paga a pensão, está comprometendo a própria sobrevivência do credor”.**

A resposta é não. Não é não! O cônjuge incapaz não pode se separar ou se divorciar por escritura pública. Essa via administrativa, extrajudicial, pressupõe a capacidade das partes (cf. arts. 104 e 185 do Código Civil).

**13.** O art. 733, § 1º, do novo CPC enuncia que a escritura pública de divórcio consensual, de separação consensual ou de extinção consensual de união estável não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. Quer dizer, a escritura pública vale por si mesma, no que pertence à separação, ao divórcio e à extinção de união estável, e é dotada de eficácia plena. Mas o citado art. 733, § 1º, do novo CPC precisa ser interpretado de modo ampliativo, pois outros efeitos podem ocorrer, além dos que foram nele citados, e que são determinados pela escritura pública. Assim, há efeitos que dependem de providências no departamento de trânsito, na Junta Comercial, em empresas de telefonia etc., e a escritura pública é suficiente e bastante para que tudo seja feito nesses locais. Não há que se pensar na necessidade de alvará judicial para tais providências. É fundamental que se compreenda o que quis a lei, e com base na desjudicialização: que a escritura pública, no que se refere a separação, divórcio, extinção de união estável, inventário e partilha, tenha a mesma importância, o mesmo valor, o mesmo efeito da sentença judicial. Note-se bem: a força e o vigor inerentes ao formal de partilha (ou à carta de adjudicação) ou à sentença de separação, de divórcio, ou de extinção de união estável, equivalem ao vigor e à força relativos à escritura pública de partilha (ou de adjudicação) ou de separação, extinção de união estável, ou de divórcio.

O art. 3º da Resolução nº 35, do CNJ, menciona que 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.). Como se vê, a enumeração é mais extensa do que a que consta no art. 733, § 1º, do novo CPC, e é exemplificativa, não taxativa.

**14.** Por algum motivo, embora não queira mais manter a sociedade conjugal, o casal pode desejar formalizar a separação de corpos, através de escritura pública, por exemplo, para afastar a presunção *pater is est*, para determinar a extinção de efeitos do regime de bens, para permitir a constituição de união estável, ou, simplesmente, para produzir prova escrita da separação de fato. A separação de corpos vem mencionada no art. 1.562 do Código Civil, que integra o capítulo que trata da invalidade do casamento, e o citado artigo, além de prever essa separação nos casos de nulidade ou de anulação do casamento, refere-se, igualmente, às

hipóteses de separação judicial, divórcio direto ou dissolução de união estável.

Mesmo antes do começo da vigência do atual Código Civil, já a jurisprudência assentava que, embora não houvesse autorização legislativa expressa, a separação de corpos podia ser pedida pelos cônjuges enquanto aguardavam o decurso do prazo legal de existência do casamento, na época, essencial para que fosse ajuizado o requerimento de separação consensual, e o alvará de separação não fica submetido ao prazo de 30 dias para que seja intentada a demanda principal, inaplicando-se o art. 806 do antigo CPC, correspondente ao art. 308 do novo CPC. A separação de corpos, neste caso, tem feição preventiva e não preparatória, e alguns autores afirmam tratar-se de “medida cautelar satisfativa”. Já foi referido acima que, com a aprovação e entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010, não vigora mais o disposto no art. 1.574 do Código Civil, que só admitia a separação consensual se os cônjuges fossem casados por mais de um ano.

Toda a construção doutrinária e jurisprudencial a respeito da separação de corpos mediante decisão judicial aplica-se, *mutatis mutandis*, à separação de corpos consensual, por escritura pública.

**15.** Nos termos do art. 610, §§ 1º e 2º, do novo CPC, o inventário e a partilha por escritura pública só podem ser feitos se todos os interessados forem capazes e concordes, devendo estar assistidos por advogado ou por defensor público. Mas a utilização deste expediente, extrajudicial, não pode ocorrer se o falecido deixou testamento. Não importa a forma do testamento – ordinário ou especial – ou da natureza das disposições testamentárias, ou de o testamento já ter sido registrado ou confirmado em juízo e com o “cumpra-se” do juiz (antigo CPC, arts. 1.125 a 1.134; novo CPC, arts. 735 a 737). Dada a expressa vedação legal, não há como fugir à conclusão de que a existência do testamento impede a utilização da partilha extrajudicial. Afirma, desenganadamente, o art. 610, *caput*, do novo CPC: “Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial”.

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ editou o Provimento nº 56, de 14 de julho de 2016, assinado pela ministra Nancy Andrighi, corregedora nacional de Justiça, determinando, no art. 1º, que os juízes de direito, para o processamento dos inventários e partilhas judiciais, e os tabeliães de notas, para a lavratura das escrituras públicas de inventário extrajudicial, deverão acessar o Registro Central de Testamentos On-line (RCTO), módulo de informação da CENSEC - Central Notarial de Serviços Compartilhados, para buscar a existência de testamentos públicos e instrumentos de aprovação de testamentos cerrados. No art. 2º, o aludido Provimento nº 56 afirma que é obrigatório para o processamento dos inventários e partilhas judiciais, bem como para lavrar escrituras públicas de inventário extrajudicial, a juntada da certidão acerca da inexistência de testamentos deixados pelo autor da herança, expedido pela CENSEC.

***“O cônjuge incapaz não pode se separar ou se divorciar por escritura pública”.***

Num dos considerandos desse Provimento nº 56, a ministra Nancy Andrighi aponta a significativa quantidade de testamentos, públicos e cerrados, que não são respeitados pela ausência de conhecimento de sua existência. E há o caso, mais grave, em que alguns herdeiros sabem, sim, da existência de testamento, mas omitem este fato, com má-fé, para prejudicar pessoas que estão beneficiadas no ato de disposição de última vontade, e inventários se processam e partilhas são feitas como se o falecido não tivesse feito testamento.

Quanto à previsão de que havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial, e o inventário e a partilha só poderão ser feitos, por escritura pública, se todos os interessados forem capazes e concordes e não tendo o autor da herança deixado testamento, tem sido apresentada a opinião de que a matéria devia receber temperamento, admitindo-se o inventário por escritura pública, mesmo havendo testamento (e cumprindo-se, obviamente, o testamento), se o mesmo já tivesse passado pelo processo judicial de abertura, registro e cumprimento, de que participa, por sinal, o Ministério Público, nos termos dos arts. 735 a 737 do novo CPC.

Esta tese acaba de ser abraçada em São Paulo, e a eficiente cartorária Ludmille Soares remeteu-me cópia da decisão importante que foi tomada. O desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, corregedor-geral de Justiça, editou o Provimento CGJ nº 37/2016, de 17 de junho de 2016, que altera o item 129, do Capítulo XIV, das NSCGJ - Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça. Vou transcrever, por sua enorme importância, o art. 1º do citado Provimento nº 37/2016 da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo:

**RESOLVE:**

*Artigo 1º - Dar nova redação ao item 129 e subitens, do Capítulo XIV, das NSCGJ, nos termos que seguem:*

*129 - Diante da expressa autorização do juízo sucessório competente, nos autos do procedimento de abertura e cumprimento de testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes, poderão ser feitos o inventário e a partilha por escritura pública, que constituirá título hábil para registro imobiliário.*

*129.1 - Poderão ser feitos o inventário e a partilha por escritura pública, também, nos casos de testamento revogado ou caduco, ou quando houver decisão judicial, com trânsito em julgado, declarando a invalidade do testamento, observadas a capacidade e a concordância dos herdeiros.*

*129.2 - Nas hipóteses do subitem 129.1, 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.*

**"Se o inventário é judicial fica submetido às regras de competência estabelecidas no art. 48 do novo Código de Processo Civil".**

O aludido Provimento nº 37/2016 da CGP/São Paulo, originou-se do Processo nº 2016/52695 - São Paulo, que tratou de consulta formulada pelos juízes das Varas de Família e Sucessões do Foro Central da Capital, sobre a possibilidade de ser lavrada escritura pública de inventário, na hipótese de existir testamento. O juiz assessor da Corregedoria, Swarai Cervone de Oliveira, foi o autor do Parecer nº 133/2016-E, concluindo pela permissão de realização de inventários extrajudiciais, desde que os interessados sejam capazes e concordes, e que haja expressa autorização do Juízo Sucessório.

Já externei, acima, a leitura que faço, a interpretação que dou ao art. 610, §1º, do novo CPC. Permitir que o tabelião lavre escritura de inventário e partilha, desde que o testamento do *de cuius* já tenha ultrapassado o procedimento de jurisdição voluntária de abertura, registro e "cumpra-se" do testamento, é plenamente justificável, e devia ser assim, mesmo, mas tinha de ser estabelecido por alteração **legislativa**. Todavia, não sou e tenho horror dos que pensam que são "donos da verdade". O parecer que deu respaldo ao Provimento nº 37/2016 da CGC/ São Paulo está muito bem pensado e fundamentado.

Mas, se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, na forma do art. 2.015 do Código Civil, mesmo que o autor da herança tenha deixado testamento; contudo, como prevê o art. 659 do novo CPC, a partilha, neste caso, tem de ser homologada pelo juiz. Entretanto, o falecido pode ter morrido sem testamento, mas ter deixado um codicilo (Código Civil, art. 1.881), que é disposição de última vontade, de conteúdo e objeto limitados, e testamento não é. Penso que, neste caso, é possível fazer-se a partilha extrajudicial, por escritura pública (cf. Juliana da Fonseca Bonates, *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*, coordenadores Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado, São Paulo: Editora Método, 2007, p. 318).

A partilha extrajudicial é prevista no direito de muitos povos. O Código Civil belga, art. 819, dispõe: "*Si tous les héritiers sont présents et capables, le partage peut être fait dans la forme et par tel acte que les parties jugent convenables*" = "Se todos os herdeiros estão presentes e são capazes, a partilha pode ser feita na forma e pelo ato que as partes julguem conveniente" (cf. art. 819 do Código Civil belga). O Código Civil português, art. 2.102, 1, afirma que a partilha pode fazer-se extrajudicialmente, quando houver acordo de todos os interessados, ou por inventário judicial nos termos previstos na lei do processo; a partilha extrajudicial deve ser feita por escritura pública, se na herança existirem bens imóveis, como exige o Código do Notariado. O Código Civil espanhol, art. 1.058, permite que

a partilha da herança seja feita extrajudicialmente, se os herdeiros forem maiores, tiverem a livre administração de seus bens e houver acordo unânime (*nemine discrepante*) de todos eles. O art. 3.462 do antigo Código Civil argentino, reformado pela Lei nº 17.711/1968, admite a partilha extrajudicial ou privada (*partición privada*), que pode ser feita pelos herdeiros pre-

sentes e capazes, desde que haja acordo entre eles (cf. art. 2.369 do novo Código Civil argentino). Na Suíça, o art. 607, 2, do Código Civil, estabelece o princípio da liberdade da convenção em matéria de partilha. No mesmo sentido: art. 2.530 do Código Civil paraguaio; art. 853 do Código Civil peruano; art. 907, 1, do Código Civil japonês; art. 838, al. 1, do Código Civil de Québec. O art. 2.048 do Código Civil alemão (BGB) e o art. 733, II, do Código Civil italiano afirmam que o testador pode determinar que a partilha seja feita segundo o critério (que deve ser equitativo, justo) de um terceiro.

**16.** Se o inventário é judicial fica submetido às regras de competência estabelecidas no art. 48 do novo Código de Processo Civil. Em princípio, o foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário e a partilha. No caso de ser utilizada a escritura pública para promover o inventário e a partilha, já não se aplicam as regras de competência das leis processuais, mas a norma do art. 8º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994 (Lei dos Notários e dos Registradores), que é lei especial sobre o tema e consagra o princípio da plena liberdade das partes na escolha do tabelião, embora seja proibido que este pratique atos de seu ofício fora do município para o qual recebeu delegação (Lei nº 8.935/1994, art. 9º). Portanto, independentemente do domicílio do *de cuius*, ou da situação dos bens hereditários, ou do lugar em que ocorreu o óbito, ou do domicílio das partes, os interessados podem escolher o notário de qualquer município para redigir a escritura pública de inventário e partilha. Esse princípio da liberdade de escolha do tabelião aplica-se, também, às escrituras de separação, de extinção de união estável e de divórcio consensuais.

A Resolução nº 35 do CNJ, art. 1º, dispõe que, para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/2007 (atualmente, previstos nos arts. 610, § 1º, e 733 do novo CPC), "é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil". Luiz Paulo Vieira de Carvalho (*Direito das Sucessões*, Atlas/SP, 2ª ed., 2015, p. 893, que teve a honra de apresentar) discorda de tal posicionamento, entendendo que as regras que regem a matéria acerca do inventário judicial no Código de Processo Civil devem ter aplicação analógica em relação ao inventário extrajudicial, "até para uma maior preservação do interesse de eventuais sucessores do inventariado e também dos seus credores, de modo a facilitar direito patrimonial desses mesmos interessados".

Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (*Curso de Direito das Sucessões*,





Saraiva/ São Paulo, 2013, p. 517) observam que, para a realização de escritura pública de inventário e partilha, a escolha do cartório de notas onde o inventário vai ser realizado é de livre escolha dos interessados, devendo, entretanto, o imposto de transmissão sobre os bens imóveis ser recolhido no local onde se situam os bens, enquanto o imposto sobre os bens móveis é pago na sede do tabelionato escolhido para realizar o inventário (cf. art. 155, § 1º, I e II, da Constituição Federal).

Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira (*Inventários e Partilhas*, 20ª ed., São Paulo: Leud, 2006 – Separata – Atualização, p. 11) enunciam que a competência para escrituras de inventário e partilha no Brasil cinge-se aos bens situados no território nacional; essa é a regra para o inventário judicial (arts. 89 e 96 do antigo CPC e arts. 23 e 48 do novo CPC), que se aplica igualmente à escritura pública: “Os bens situados no estrangeiro não podem ser aqui partilhados. Devem ser objeto de procedimentos autônomos, no país onde se situem”. A Resolução nº 35 do CNJ, art. 29, edita: “É vedada a lavratura pública de escritura de inventário e partilha referente a bens localizados no exterior”.

No caso de brasileiros que estejam no estrangeiro, e pretendam fazer a separação, o divórcio, o inventário, a partilha, poderão recorrer ao cônsul brasileiro, que

exerce funções de tabelionato e de oficial de registro civil, nos termos do art. 18 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (cf. Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, Saraiva, São Paulo, 12ª ed., 2007, p. 435). O cônsul, atuando como tabelião, redigirá a escritura, observados os requisitos legais. É indispensável a assistência de advogado, legalmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

17. A escritura pública de inventário e partilha pressupõe que todos os herdeiros são capazes e concordes. O herdeiro menor, mas emancipado, está habilitado. E todos têm de comparecer à escritura, assinando-a. Mas o cônjuge sobrevivente, ou o companheiro sobrevivente, ou herdeiros capazes podem se fazer representar no ato por procuração, outorgada por instrumento público (cf. Código Civil, art. 657; Resolução nº 35 do CNJ, art. 12), com poderes especiais. Se algum deles não souber ou não puder assinar, outra pessoa assinará por ele, a seu rogo. Os requisitos das escrituras públicas, mencionados no art. 215 do Código Civil, têm de ser observados. A escritura não poderá ser feita se ao menos um dos herdeiros não acordar. A unanimidade é essencial. O cônjuge sobrevivente, ou como meeiro, como herdeiro, ou, no mínimo, como titular do direito real de habitação (Código Civil, art. 1.831), tem de comparecer à escritura.

A situação do companheiro como herdeiro ou como meeiro é mencionada nos arts. 18 e 19 da Resolução nº 35 do CNJ. Se todos os herdeiros do *de cuius* estiverem de acordo e reconhecerem a existência da união estável, *tollitur quaestio*, ou seja, acaba a questão, o problema fica resolvido, e o companheiro comparece à escritura como herdeiro. Porém, se não houver consenso entre os herdeiros, o que se apresenta como companheiro sobrevivente tem de ingressar com ação judicial para provar essa qualidade. O mesmo ocorrerá se o autor da sucessão não deixar outro sucessor. Por sua vez, a meação de companheiro pode ser reconhecida na escritura pública, desde que todos os herdeiros e interessados na herança, capazes, estejam de acordo.

A sucessão entre companheiros está regulada no tenebroso art. 1.790 do Código Civil, de duvidosa constitucionalidade, viola o princípio da igualdade entre as famílias, merece censura e crítica porque é deficiente e falho em substância: “Significa um retrocesso evidente, representa verdadeiro equívoco. Tem alarmado e confundido a doutrina; vem trazendo dúvida e incerteza para os tribunais; é forte elemento para a insegurança jurídica”, como assinala em meu livro *Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro* (Saraiva, São Paulo, 2010, nº 6.11, p. 166).

Já está na pauta para ser decidido, no STF, o RE nº 878694-MG, relator ministro Luís Roberto Barroso, ao qual foi reconhecida repercussão geral (Constituição Federal, art. 102, § 3º), e em que se questiona a inconstitucionalidade do malfadado art. 1.790 do Código Civil. O IBDFAM foi admitido como *amicus curiae* e será representado pela professora Ana Luíza Naves, do Rio de Janeiro, que vai defender, no excelso pretório, a tese de que o aludido dispositivo é inconstitucional. Muito provavelmente, a decisão já terá sido tomada, quando for publicado o presente escrito.

Diz o art. 18 da Resolução nº 35 do CNJ que, se o autor da herança não deixar outro sucessor, o companheiro que tenha direito à sucessão precisa recorrer ao Judiciário para provar esta sua condição. Mas devia a citada resolução ter previsto a hipótese de haver um contrato escrito, firmado pelos companheiros, reconhecendo a existência de uma entidade familiar entre os dois. É comum esses contratos serem feitos por escritura pública, o que garante mais solenidade, publicidade e segurança ao pacto. Mas nada obsta a que esse contrato seja celebrado por instrumento particular, seguindo a regra geral de liberdade de forma da declaração de vontade, como edita o art. 107 do Código Civil (cf. Francisco José Cahali, *Contrato de Convivência na União Estável*, Saraiva, São Paulo, 2002, nº 3.3, p. 129).

**"A escritura pública de inventário e partilha pressupõe que todos os herdeiros são capazes e concordes".**

Se o autor da herança não deixou parentes sucessíveis – nem descendentes, nem ascendentes, nem mesmo primos ou sobrinhos-netos, colaterais do 4º grau, os últimos colocados na ordem da vocação hereditária (CC, art. 1.839) –, e se há um companheiro sobrevivente, que exibe um contrato escrito (com maior razão, se se trata de uma escritura pública), em que o companheirismo, a vida em comum, a entidade familiar entre o *de cujus* e o sobrevivente está perfeitamente reconhecida, confessada, declarada, por que motivo o companheiro sobrevivente vai ter, ainda, de intentar uma ação judicial para provar o que já está provado e bem provado?

Pode ocorrer, também, de a prova da existência da união estável ter sido produzida em ação declaratória anterior, e basta a juntada da respectiva sentença judicial para que o companheiro sobrevivente promova o inventário extrajudicial. Não precisa voltar ao Judiciário, se lá já foi!

**18.** Mesmo tratando-se de procedimento administrativo, em que, no geral dos casos, o inventário e a partilha serão feitos na escritura pública, sem necessidade de mais nada, a não ser as providências registras e outras, para dar eficácia à escritura, pode haver necessidade da nomeação de inventariante, para que, em nome do espólio – e representando todos os interessados –, pratique alguns atos, resolva algumas questões que ficaram pendentes, como, por exemplo, assinar em favor do comprador a escritura definitiva de compra e venda de um bem que o falecido, em vida, prometeu vender, fazer levantamento de numérico em conta corrente bancária, promover registro da escritura em serviços registras imobiliários e civis etc. A indicação do inventariante devia ser facultativa, não obrigatória, e a nomeação do mesmo não precisa seguir, rigorosamente, a ordem apresentada no Código de Processo Civil. Entretanto, a Resolução nº 35 do CNJ, afirma, 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". O aludido art. 990 do CPC revogado corresponde ao art. 617 do novo CPC. Se não existirem obrigações ativas e passivas pendentes, e tudo já ficou definido e bem re-

solvido na escritura pública – principalmente, a partilha dos bens –, não há razão para se nomear ainda um inventariante para representar o espólio.

E antes de mandar lavrar uma escritura de inventário e partilha, podem os interessados nomear um inventariante, para representar o espólio e tomar providências preli-

minares, necessárias para a própria lavratura, em seguida, da escritura de inventário e partilha? A meu ver, isto é possível, sim, e, em alguns casos, extremamente necessário. É uma forma, por exemplo, de bancos e instituições financeiras fornecerem aos herdeiros o saldo em contas correntes e de aplicação do *de cujus*. E tal inventariante, nomeado na escritura pública com este exclusivo fim, poderá tomar ainda outras providências: fazer levantamentos de obrigações passivas e de créditos, pedir informações em cartórios e repartições públicas, inclusive a respeito de imposto de renda do falecido, juntar escrituras e demais papéis e documentos necessários para a lavratura da futura escritura de inventário etc. Para a nomeação deste inventariante extrajudicial, é preciso o acordo unânime de todos os herdeiros e do (a) meeiro (a).

**19.** Ainda que o autor da herança tenha morrido há muito tempo, antes mesmo da entrada em vigor das leis que admitiram, em nosso país, o inventário e a partilha extrajudiciais, é possível promover o inventário e partilha desse modo, por escritura pública, uma vez que as normas que autorizaram tal procedimento são de aplicação imediata, dada a natureza processual das mesmas, aplicando-se, também, a fatos passados, que não representem direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (Constituição Federal, art. 5º, XXXVI; Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 6º). E, ainda, a morte do autor da herança pode ter acontecido antes mesmo de 11 de janeiro de 2003, quando entrou em vigor o novo Código Civil, e, apesar do longo tempo decorrido, não ter sido promovido o inventário. Do mesmo modo, o inventário e a partilha podem ser feitos por escritura pública, observado o art. 610, § 1º, do novo CPC. Há um detalhe, porém: as normas procedimentais a respeito do inventário e da partilha são as da lei vigente no momento em que essas providências são tomadas, mas as regras substanciais ou materiais a respeito da sucessão hereditária são as da lei civil em vigor ao tempo da abertura da sucessão, ou seja, do dia em que o hereditando faleceu (Código Civil, arts. 1.787 e 2.041). Portanto, se a abertura da sucessão ocorreu, por exemplo, em 2000, o inventário e a partilha podem ser feitos conforme a lei processual atualmente em vigor, mas as normas materiais da sucessão serão as vigentes ao tempo da morte do *de cujus*, ou seja, vai ser aplicado o Código revogado, o Código Civil de 1916, e não o atual Código Civil, bem como a legislação tributária que vigorava na mesma época da abertura da sucessão. É caso de ultratividade da lei, e permitam-me sugerir que consultem o que escrevi a respeito dos artigos 1.787 e 2.041 no *Código Civil comentado* (Saraiva, São Paulo, 9ª ed., 2013, coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva, primitivo coordenador Ricardo Fiúza, pp. 1764 e 1969, respectivamente).

**20.** O art. 610, § 1º, do novo CPC, facultava a celebração do inventário e da partilha por escritura pública. Partilha, como a expressão indica, pressupõe que haja mais de um herdeiro. Entretanto, como tenho dito em algumas passagens deste escrito, a dita lei tem de receber uma interpretação teleológica, progressiva, construtiva. Assim, no caso de haver um só herdeiro, não pode ser feita a “partilha” dos bens, obviamente, e não é lógico que se invoque essa filigrana verbal para concluir que a escritura pública não pode ser feita. Pode, sim! Comentando o art. 1.991 do Código Civil (Zeno Veloso, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, São Paulo, 2003, coordenador Antônio Junqueira de Azevedo, v. 21, p. 394), disse que, com a abertura da sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros (art. 1.784), sendo deferida como um todo unitário, e, até a partilha, o direito dos co-herdeiros quanto à posse da herança será indivisível, regulando-se pelas normas relativas ao condomínio, estabelecendo-se, assim, por força de lei, comunhão *pro indiviso* (art. 1.791). Se há um só herdeiro, cabendo-lhe toda a herança, não se estabelece comunhão, logicamente, não haverá partilha, cabendo ao herdeiro único pedir a adjudicação dos bens do espólio (cf. antigo CPC, art. 1.031, § 1º; Novo CPC, art. 659, § 1º).

Aproveitando a faculdade conferida no art. 610, § 1º, do novo CPC, o herdeiro único, capaz, titular dos direitos da totalidade da herança, por escritura pública, pode promover o inventário e a **adjudicação** dos bens deixados pelo *de cujus*. O art. 26 da Resolução nº 37 do CNJ prevê: “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”.

**21.** É possível que seja feita, numa só escritura, a cessão e a transferência de direitos hereditários, seguida da partilha. Haverá incidência de imposto de transmissão *inter vivos*, quanto à cessão de direitos, e de transmissão *mortis causa*, em razão da sucessão hereditária. Este último tributo é estadual (Constituição Federal, art. 155, I). O imposto de transmissão que tem como fato gerador a cessão de direitos será estadual ou municipal, conforme a cessão seja gratuita (equivalente à doação) ou onerosa (semelhante à compra e venda), respectivamente (Constituição Federal, arts. 155, I, e 156, II). Se a escritura cuidar, apenas, da partilha entre os herdeiros, incide, somente, o imposto de transmissão *causa mortis*.

Avulta a responsabilidade do tabelião, que tem de fiscalizar o pagamento do imposto devido e mencionar a prova da quitação do mesmo, tanto nas escrituras de inventário e partilha, quanto nas escrituras de separação, extinção de união estável e divórcio, nestes últimos casos, quando houver desigualdade nos quinhões partilhados (supra, nº 9). Em qualquer caso, não pode a escritura ser lavrada e assinada, e o imposto cabível ser pago depois. A responsabilidade do notário vem referida no art. 134 do Código Tributário Nacional – CTN. Os notários e registradores precisam ficar muito atentos para a questão do pagamento de impostos re-

**“É possível que seja feita, numa só escritura, a cessão e a transferência de direitos hereditários, seguida da partilha”.**

lativos às escrituras que redigirem ou registrarem. Nos termos da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, art. 30, XI, são deveres desses delegados de serviço público fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar. Além disso, esses serventuários têm responsabilidade subsidiária pelos tributos que incidirem sobre os ditos atos, consoante o art.

134 do Código Tributário Nacional – CTN (que, por sinal, num erro técnico, chama a esta responsabilidade de **solidária**). A Resolução nº 35 do CNJ, referente ao inventário e à partilha, diz, no art. 15: “O recolhimento dos tributos incidentes deve anteceder a lavratura da escritura”. E a referida Resolução nº 35, dirigindo-se à separação e ao divórcio consensuais - e que se aplica à extinção consensual da união estável -, afirma, no art. 38: “Na partilha em que houver transmissão de propriedade do patrimônio individual de um cônjuge ao outro, ou a partilha desigual do patrimônio comum, deverá ser comprovado o recolhimento do tributo devido sobre a fração transferida”.

A citada Resolução nº 35/2007 do CNJ, art. 22, dentre os documentos que devem ser apresentados para a lavratura de escrituras de inventário e partilha, menciona: “g) certidão negativa de tributos”; “h) certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR, se houver imóvel rural a ser partilhado”.

No caso de ser objeto de inventário, partilha ou adjudicação de algum imóvel rural, além de outros previstos em lei, determinados requisitos especiais precisam ser observados por notários e registradores: 1) apresentação do Certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR, com a menção de alguns dados nele contidos, previstos na Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001: I – código do imóvel; II – nome do detentor; III – nacionalidade do detentor; IV – denominação do imóvel; V – localização do imóvel; 2) prova de quitação do Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, correspondente aos últimos cinco (05) exercícios, ressalvados casos de inexigibilidade; 3) apresentação do GEO (georreferenciamento) certificado pelo INCRA.

Tratando-se de separação consensual, extinção consensual de união estável, ou de divórcio consensual, se houver partilha, atribuição de imóvel a ex-cônjuge ou ex-companheiro, ou qualquer alienação, tendo por objeto imóvel rural, os requisitos acima indicados são também exigidos.

**22.** O art. 1.784 do Código Civil, consagrando o *droit de saisine*, afirma que, aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão (CC, art. 1.804, *caput*). Mas o herdeiro pode renunciar à herança e, então, a transmissão tem-se por não verificada (CC, art. 1.804, parágrafo único). Ninguém é obrigado a receber determinada herança, enuncia Antônio Elias de Queiroga (*Curso de Direito Civil, Direito das Sucessões*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 27), que acrescenta: “Pode ser até um constrangimento,



mormente, quando o herdeiro tem conhecimento de que os bens foram frutos de grilagem, esbulho, roubo etc. Seria ato ignóbil impor a uma pessoa tal obrigação. Às vezes, a renúncia da herança tem fundamentos nobres: o desejo de ajudar os co-herdeiros, aumentando os seus quinhões. Ao contrário da aceitação, a renúncia não se presume e exige, além da vontade expressa, capacidade jurídica do renunciante”.

Seguindo antiga tradição de nosso Direito e inspirando-se na legislação romana, o art. 426 do Código Civil edita: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva” - *viventis non datur hereditas*. A proibição dos pactos sucessórios é absoluta. Não pode haver renúncia **antes** da abertura da sucessão. É inválido, nulo de pleno direito o repúdio de herança de pessoa viva (cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. VI, *Direito das Sucessões*, atualizador: Carlos Roberto Barbosa Moreira, 15ª ed., 2004, Rio de Janeiro: Forense, n. 434, p. 57; Orlando Gomes, *Sucessões*, coordenador: Edvaldo Brito, atualizador: Mario Roberto Carvalho de Faria, 14ª ed., 2007, Rio de Janeiro: Forense, n. 26, p. 25). A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial (CC, art. 1.806), sendo necessária a autorização do cônjuge do renunciante, salvo se o regime é da separação absoluta (CC, art. 1.647, *caput*) ou da participação final nos aquestos, se tiver sido convencionalizado, no pacto antenupcial, a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares (CC, art. 1.656). Na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente (CC, art. 1.810). Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo (CC, art. 1.808, *caput*). São irrevogáveis os atos de aceitação ou de renúncia da herança (CC, art. 1.812).

Observadas essas regras sobre o tema, a renúncia de herança - negócio jurídico unilateral, não receptício, gratuito, irrevogável e formal, como expõe Paulo Nader (*Curso de Direito Civil*, v. 6, *Direito das Sucessões* - que, com muito prazer, prefaciei -, Rio de Janeiro: Forense, 2007, nº 22, p. 97) - pode constar numa escritura pública e, em seguida, na mesma escritura, podem ser formalizados o inventário e a partilha pelos demais herdeiros.

A renúncia, no melhor sentido técnico-jurídico, é negócio unilateral, tratando-se de uma demissão do direito; é sempre abdicativa. A chamada renúncia translativa ou *in favorem* (feita a favor de alguém) verdadeira renúncia não é, mas cessão de direitos hereditários (CC, art. 1.793), em que há, inclusive, incidência de imposto de transmissão *inter vivos*. Na renúncia propriamente dita não incide tal imposto, pela simples razão de não existir uma transmissão a determinada pessoa; não requer anuência, nem, muito menos, aceitação de quem quer que seja; o renunciante é tido como se nunca tivesse sido herdeiro, e não como se tivesse sido herdeiro e transferido seu direito a outrem.

23. O art. 1.793, *caput*, do Código Civil diz que o direito à sucessão

aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública. O autor da sucessão precisa já ter morrido (!), para que a cessão de direitos hereditários possa ser feita, validamente. Aqui, também se aplica o art. 426 do Código Civil, e não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva, regra tradicional - e capital - em nosso ordenamento (cf. art. 1.089 do Código Civil de 1916; art. 353 da Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas). Os pactos sucessórios já eram vedados no Direito Romano, sendo chamados *pacta corvina* = pactos dos corvos. Explica o civilista José Fernando Simão (*Direito Civil - contratos*, Atlas, São Paulo, 2005, p. 31) que esse nome latino do pacto sucessório advém da palavra **corvo**, designação comum a diversas grandes aves da espécie dos corvídeos: “A analogia que se faz é justamente com relação aos hábitos alimentares do corvo (animais mortos) e o objeto do contrato (herança de pessoa viva). O negócio jurídico com tal objeto indicaria o desejo, os votos de morte para aquele de quem a sucessão se trata. Tal como os corvos, que esperam a morte de suas vítimas para se alimentarem, os contratantes estariam avidamente aguardando o falecimento para se apossarem dos bens da herança”.

O § 2º do art. 1.793 afirma que é ineficaz a cessão feita pelo co-herdeiro de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança individuado (p. ex. o terreno da rua da Liberdade nº 78; o apartamento nº 201 do Edifício Volpi). Note-se: a cessão não é inválida - nula ou anulável -, mas é ineficaz, não produz efeito, é inoponível aos demais herdeiros. Porém, no caso de haver somente um herdeiro, como não há outros interessados (co-herdeiros), não é ineficaz a cessão de direitos que ele fizer a respeito de um bem singular, de determinado bem da herança. Do mesmo modo, se **todos** os herdeiros fazem a cessão, é plenamente eficaz essa cessão de bens singularmente determinados. Dita cessão terá de ser formalizada por escritura pública (CC, art. 1.793, *caput*), incidindo sobre este negócio jurídico o imposto de transmissão *inter vivos*, devido ao município ou ao estado, conforme a cessão tenha sido onerosa ou gratuita. E nada impede, até por uma questão de economia, que, em seguida, aproveitando o mesmo instrumento público, seja promovida a partilha ou a adjudicação do bem hereditário objeto da cessão, incidindo, agora, o imposto de transmissão *mortis causa*. Os primitivos herdeiros, posteriormente, judicial ou extrajudicialmente, farão o inventário dos outros bens do espólio e a respectiva partilha.

24. A partilha extrajudicial, ou a adjudicação, feita por escritura pública, pode ser realizada ainda que o espólio tenha credores. O art. 1.997 do Código Civil diz que a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube. A responsabilidade da herança pelas dívidas do falecido limita-se às forças desta. Os herdeiros não respondem *ultra vires hereditatis*, ou seja, além, acima das forças da herança (CC, art. 1.792). Se as divi-

***“A partilha extrajudicial, ou a adjudicação, feita por escritura pública, pode ser realizada ainda que o espólio tenha credores”.***

das absorverem todo o ativo, os herdeiros nada recebem. São herdeiros sem herança!

Essas regras não deixam de valer só pelo fato de estar permitida, desde a Lei nº 11.441/2007, com a redação que deu ao art. 982 do antigo CPC, e, atualmente, pelo art. 610, § 1º, do novo CPC, a partilha e a adjudicação extrajudiciais. A escritura pública pode conter a ressalva de que ficam resguardados ou garantidos os direitos dos credores, e essa cláusula expressa até seria dispensável, pois os credores têm direitos garantidos por lei. Euclides de Oliveira aborda o assunto e enuncia que o credor do espólio poderá haver diretamente os seus direitos, mediante acordo com os herdeiros, ou constar da escritura pública para oportuno recebimento do crédito reconhecido pelos demais interessados. Adverte o autor que cabe aos herdeiros indicar não só o ativo, mas também o passivo do espólio, nesse caso discriminando as dívidas e os respectivos credores bem como a forma de seu pagamento. De qualquer modo, conclui: “ainda que não sejam indicados, os credores terão sempre ressalvados os seus direitos, podendo agir por ação própria contra os herdeiros, na medida dos quinhões da herança atribuídos na partilha” (*Inventários e Partilhas, cit. Separata – Atualização, p. 9*).

Francisco José Cahali e Karin Regina Rick Rosa apontam que a existência de credores não impede a partilha extrajudicial, como assim também é na partilha judicial, pelos expressos termos do art. 1.035 do antigo Código de Processo Civil, e, agora, pelo art. 663 do novo CPC, exceção feita, apenas, aos débitos tributários, cuja quitação se faz necessária (cf. art. 1.031 do CPC revogado e art. 659 do novo CPC), mas não se pode olvidar, alertam, que o credor do falecido que se sentir prejudicado e frustrado em seu crédito poderá valer-se de todos os meios para invalidar a partilha (como acontece no procedimento judicial), e arrematam: “O patrimônio do falecido é a garantia de seu pagamento, e até mesmo a fraude à execução pode ser invocada para tornar ineficaz a partilha, se os requisitos específicos deste instituto estiverem presentes” (*Escrituras públicas: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais*, São Paulo: RT, 2007, nº 9, p. 96, livro que também apresenta como autores Antônio Herance Filho e Paulo Roberto Gaiger Ferreira). A respeito do assunto, a Resolução nº 35 do CNJ, art. 27, dispõe: “A existência de credores do espólio não impedirá a realização do inventário e da partilha, ou adjudicação, por escritura pública”.

**25.** Se a partilha obedecer ao princípio da igualdade e os quinhões são equivalentes (cf. art. 2.017 do Código Civil e art. 648, I, do novo CPC), os herdeiros casados não necessitam da assistência dos respectivos cônjuges na escritura pública. Todavia, se houver renúncia da herança, cessão de direitos ou partilha desigual, com prejuízo do herdeiro, o cônjuge tem de anuir, concordar, assinar a escritura, a não ser, conforme mencionado acima, que o regime de bens seja o da separação absoluta, quando a outorga para a aliena-

***“A separação pela via judicial e a separação pela via administrativa têm o mesmo valor e efeitos idênticos”.***

ção de bens imóveis é dispensável, nos termos do art. 1.647 do Código Civil, e o mesmo se aplica ao regime de participação final nos aquestos, se, no pacto antenupcial, tiver sido convenionada a livre disposição dos bens imóveis particulares, como estabelece o art. 1.656 do Código Civil. Registre-se que, de acordo com o art. 80, II, do Código Civil,

considera-se imóvel para os efeitos legais o direito à sucessão aberta, princípio que vem do Código Civil de 1916, art. 44, III. O art. 17 da Resolução nº 35 do CNJ prevê: “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”. Se o regime de bens do casamento for o da comunhão universal (CC, art. 1.667), o cônjuge do herdeiro tem de comparecer à escritura, não porque seja herdeiro, mas porque é meeiro.

**26.** O art. 1.040, incisos I a IV, do CPC revogado indicava os casos em que haveria a sobrepartilha, e o novo CPC regula a sobrepartilha no art. 669. O Código Civil, art. 2.022, enuncia que ficam sujeitos à sobrepartilha os bens sonogados e quaisquer outros bens da herança de que se tiver ciência após a partilha. A sobrepartilha é um complemento da partilha, e correrá nos autos do inventário do autor da herança (antigo CPC, art. 1.041, parágrafo único, novo CPC, art. 670, parágrafo único). O espólio não se extingue com a partilha dos bens líquidos, se existirem outros bens a serem apurados, ensinam Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho (*Direito das Sucessões*, 3ª ed., 2011, Del Rey, Belo Horizonte, p. 317), que apontam: “Na hipótese de não existirem bens em apuração, extingue-se o espólio, mas surgindo outros bens até então desconhecidos, não se rescinde ou retifica a partilha já realizada, procedendo-se à sobrepartilha dos bens que surgiram, como determina o art. 2.022 do Código Civil”. Ainda que o inventário tenha sido feito em juízo, ou já tenha sido realizado pela via administrativa, no tabelionato de notas, havendo necessidade de sobrepartilha, esta pode ser feita por escritura pública, se todos os interessados forem capazes e concordes. A lei que autorizou a fazer a partilha por escritura pública, permite, é óbvio, que se faça a sobrepartilha, que, afinal, é partilha, ainda. Salomão de Araújo Cateb (*Direito das Sucessões*, Atlas/SP, 8ª ed., 2015, p.459) observa: “Mesmo naqueles casos de ajuizamento de inventário, pela presença de menores, tornando-se maiores essas pessoas, a sobrepartilha, se vantajosa, poderá fazer-se extrajudicialmente, partilhando o bem arrolado entre herdeiros habilitados” (cf. art. 25 da Resolução nº 35, do CNJ).

**27.** Introduziu-se em nosso Direito, por uma praxe jurídica há longo tempo estabelecida, para atender necessidades práticas, o inventário negativo, que, vê-se logo, é uma expressão contraditória, em que o segundo vocábulo briga com o primeiro, pois inventariar é relacionar bens, descrevê-los, discriminar dívidas. O inventário negativo não foi previsto em nossas leis, mas faz parte do costume jurídico, ressalta meu que-

rido e saudoso mestre Silvio Rodrigues, no livro *Direito das Sucessões*, 25ª ed., 2002, Saraiva/SP, nº 170, p. 290, que teve a honra de atualizar. No inventário negativo não se vão arrolar bens se, justamente, não há bens. Não se inventaria o nada! O fato concreto que mais justifica o inventário negativo é a necessidade de viúvos ou viúvas, que têm filhos do extinto casal, e querem casar-se novamente, sem que incida o regime obrigatório da separação de bens (Código Civil, art. 1.523, I, c/c art. 1.641, I). Outro caso seria o do herdeiro, que promove inventário negativo para mostrar que o *de cujus* não deixou patrimônio para garantir pagamento de suas dívidas (cf. Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito das Sucessões*, Atlas/SP, 2ª ed., 2015, p. 887). Sem que isto tenha sido mencionado expressamente, não há dúvida, entretanto, que nossa legislação admite que o chamado inventário negativo seja feito por escritura pública, observados os requisitos previstos para a escritura de inventário e partilha.

**28.** A previsão de que a escritura pública e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei constava no § 3º do art. 1.124-A do antigo CPC. E este artigo, no *caput*, estava tratando da separação consensual e do divórcio consensual. Numa interpretação literal, restritiva, a gratuidade só ocorreria nas escrituras de separação e de divórcio. Mas, com certeza, não era este o espírito da lei, e devia ser dada ao preceito uma interpretação extensiva que, como o nome indica, nas hipóteses em que isto for pertinente, conveniente e justo, dilata-se, estica-se o sentido da regra jurídica, verificando-se que o legislador disse menos do que pretendia (*minus dixit quam voluit*) e o alcance da lei vai além de suas palavras (cf. meu livro *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1º ao 6º*, 2ª ed., Unama/Belém, 2006, nº 40, p. 96). Assim, a gratuidade prevista no art. 1.124-A do antigo CPC, numa visão sistemática, se estende às escrituras de inventário e partilha; e não só às escrituras e demais atos notariais, como, também, aos atos registrais. Seria patético que o pobre ficasse dispensado de pagar a escritura e tivesse de pagar o registro imobiliário! Mas, já observei, o aludido § 3º do art. 1.124-A do CPC revogado não foi reproduzido no novo CPC.

**29.** Dizia o art. 982, parte final, do antigo CPC que a escritura pública de inventário e partilha constitui título hábil para o registro imobiliário. O Novo CPC, art. 610, § 1º, afirma que a escritura pública de inventário e partilha constituirá título hábil “para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras”. Aqui, também, o legislador *minus dixit quam voluit*. Falei antes, reafirmo e até insisto nisso: a escritura pública prevista na lei, para os casos nela tratados, tem igual estatuta, idêntica importância e o mesmo efeito da sentença judicial. Todos os efeitos que normalmente são produzidos pelo formal de partilha ou pela carta de adjudicação ocorrem por força da escritura pública de inventário e partilha, celebrada nos termos do art. 610, § 1º, do novo CPC. Então, e independentemente de homologação judicial, a escritura pública é dotada de eficácia

plena, para tudo que se refira à partilha. Assim, ela tem efeito no Registro de Imóveis, na Superintendência do Patrimônio da União (SPU), no Registro Civil e onde mais for preciso, quer se trate de órgãos públicos ou de entidades privadas: bancos, entidades financeiras, Detran, companhias telefônicas, seguradoras, Junta Comercial etc. (cf. Resolução nº 35 do CNJ, art. 3º).

**30.** O Código Civil, art. 1.830, primeira parte, afirma que somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados **judicialmente**. Realmente, se já ocorreu a separação judicial, transitada em julgado, cai o fundamento moral e jurídico da sucessão hereditária. Na lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (*Comentários ao Código Civil*, coordenador Antônio Junqueira de Azevedo, Saraiva/SP, 2003, v. 20, p. 220), a constância jurídica e fática do casamento é pressuposto para a participação do cônjuge sobrevivente na herança do falecido.

Como fica a situação diante da legislação, que admite que a separação do casal se faça **extrajudicialmente**, por escritura pública?

Evidentemente, o art. 1.830 será objeto de uma releitura, para abranger o caso tratado na legislação superveniente. A separação pela via judicial e a separação pela via administrativa têm o mesmo valor e efeitos idênticos. Celebrada a escritura pública de separação (extrajudicial), o cônjuge sobrevivente não tem direito sucessório, uma vez que a sociedade conjugal já estava dissolvida.

Alias, inovando com relação ao Código Civil de 1916, mas retroagindo 400 anos e adotando a solução que determinavam as Ordenações Filipinas, de 1603, o Código Civil em vigor, art. 1.830, segunda parte, ordena o afastamento da sucessão do cônjuge sobrevivente se, ao tempo em que o outro faleceu, estava o casal separado de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente, sendo certo que, em muitos casos, não será fácil produzir a prova de quem teve culpa pela extinção da convivência, considerando, especialmente, que um dos parceiros já morreu. Analiso a questão nos livros *Código Civil comentado*, coordenador até a 5ª edição, Ricardo Fiúza, e atual coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva, São Paulo: Saraiva, 9ª ed., 2013, p. 1813, e *Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 123. As Ordenações Filipinas, Livro 4º, Tít. XCIV, *principium*, estabeleciam que, falecendo o homem casado, sem testamento, e não tendo parente até o 10º grau (!), sua mulher seria universal herdeira, se “juntamente com ele estava e vivia em casa teúda e manteúda”. Na Consolidação das Leis Cíveis, de Teixeira de Freitas, a referida regra estava no art. 973.

**“A extinção consensual da união estável também pode ser promovida pelos companheiros, por escritura pública”.**

**31.** Determinado tabelião promoveu uma reunião entre a viúva do *de cujus* e os três filhos do casal, presente o advogado comum, para trocar ideias, tomar providências, montar a lista de documentos necessários, para, enfim, pagar o imposto de transmissão *mortis causa*



e fazer a escritura pública de inventário e partilha. Marcou-se nova reunião para daí a duas semanas. E o advogado voltou ao tabelião para informar que, repentinamente, a viúva do inventariado e mãe dos três filhos havia morrido. Resolveu-se, então, fazer o inventário dos dois falecidos na mesma escritura pública, ou seja, promoveu-se o inventário conjunto.

Em outro cartório, o caso foi o seguinte: os pais já haviam falecido e estava sendo providenciado o inventário extrajudicial e a partilha dos bens que deixaram. Tiveram cinco filhos, que eram os herdeiros necessários. Eis que veio a falecer um dos herdeiros, deixando descendentes, netos dos *de cujus*. Foi feito, então, na mesma escritura, o inventário conjunto do casal e do filho que faleceu depois.

Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, RT/São Paulo, 3ª ed., 1984. Tomo LX, § 5.982, p. 198) dá lição sobre o tema, enunciando: “Se, durante a ação de inventário e partilha dos bens de um cônjuge, falece o outro, é de proceder-se nos mesmos autos ao inventário e partilha dos bens do cônjuge supérstite, se há conveniência. No caso de haver bens comuns, exige-o o **princípio de economia**, pois que se deixam de repetir atos aproveitáveis e outras despesas que a duplicidade de procedimentos acarretaria”.

O inventário conjunto vinha previsto nos arts. 1.043 e 1.044 do antigo Código de Processo Civil. O art. 1.043 dizia que, falecendo o cônjuge meeiro supérstite antes da partilha dos bens do premorto, as duas heranças serão cumulativamente inventariadas e partilhadas, se os herdeiros de ambos forem os mesmos. O § 1º deste artigo resolvia: “Haverá um só inventariante para os dois inventários”. E o art. 1.044 do CPC revogado enunciava: “Ocorrendo a morte de algum herdeiro na pendência do inventário em que foi admitido e não possuindo outros bens além do seu quinhão na herança, poderá este ser partilhado juntamente com os bens do monte”.

O novo CPC regulou o tema no art. 672, *verbis*:

*Art. 672. É lícita a cumulação de inventários para a partilha de heranças de pessoas diversas quando houver:*

*I - identidade de pessoas entre as quais devam ser repartidos os bens;*

*II - heranças deixadas pelos dois cônjuges ou companheiros;*

### *III - dependência de uma das partilhas em relação à outra.*

Evidentemente, até em homenagem à lógica, ao bom senso, essas regras a respeito do inventário conjunto aplicam-se ao inventário extrajudicial, por escritura pública, previsto no art. 610, § 1º, do novo CPC.

**32.** A separação, o divórcio, o inventário e a partilha extrajudiciais representam alternativas criadas pela Lei nº 11.441/2007, mantidas nos arts. 733 e 610, § 1º, do novo CPC, enaltecendo a autonomia das vontades dos cônjuges, dos herdeiros, dos interessados, ficando dispensada a intervenção judicial, pois tudo se passa perante o tabelião, com assistência do advogado ou do defensor público, e o acordo é formalizado numa escritura pública. A extinção consensual da união estável também pode ser promovida pelos companheiros, por escritura pública. Jamais, na história do direito positivo brasileiro, a figura do tabelião ou notário ficou tão respeitada e engrandecida, e essa categoria haverá de agir com toda a dedicação e honestidade para justificar a confiança depositada pelo legislador. O art. 46 da Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ é de máxima importância, prevendo que 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. O art. 32 dessa Resolução já prevê a negativa do tabelião no caso de lavratura de escritura de inventário ou partilha, “se houver fundados indícios de fraude ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade de alguns dos herdeiros, fundamentando a recusa por escrito”. O notário não é mero expectador, passivo, neutro, dos negócios jurídicos cuja instrumentalização preside, mas é um profissional de direito que deve atuar com toda a sabedoria e empenho para garantir o cumprimento das leis. Aproveitando exemplos dados por Frederico Henrique Viegas de Lima (*Família e Jurisdição II*, coordenadores Eliene Ferreira Bastos e Antônio Fernandes da Luz, IBDFAM – Del Rey: Belo Horizonte, 2008, p. 141), o notário está autorizado a se abster da escrituração se o pacto for ilegal ou contrário à moral, se existe lesão a uma das partes, se viola interesses da Fazenda ou de terceiros. Mas a recusa tem de ser motivada, fundamentada, por escrito, até para que a parte que se sentir prejudicada possa reclamar, recorrer ao Poder Judiciário. ■

## ANEXO

Texto compilado a partir das alterações promovidas pelas Resoluções nº 120/2010, nº 179/2013 e nº 220/2016.

### RESOLUÇÃO Nº 35, DE 24 DE ABRIL DE 2007

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

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

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

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

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

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

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

**RESOLVE:**

#### Seção I

#### DISPOSIÇÕES DE CARÁTER GERAL

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

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

Art. 3º As escrituras públicas de inventário e partilha separação e divórcio consensuais não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, para a transferência de bens e direitos, bem como para promoção de todos os atos

necessários à materialização das transferências de bens e levantamento de valores (DETRAN, Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, instituições financeiras, companhias telefônicas, etc.)

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

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

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

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

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

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

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

#### Seção II

#### DISPOSIÇÕES REFERENTES AO INVENTÁRIO E À PARTILHA

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

Art. 12. Admitem-se inventário e partilha extrajudiciais com viúvo(a) ou herdeiro(s) capazes, inclusive por emancipação, representado(s) por procuração formalizada por instrumento público com poderes especiais. (Alterado pela Resolução nº 179, de 03.10.13)

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 21. A escritura pública de inventário e partilha 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 sobrepilha por escritura pública, ainda que referente a inventário e partilha judiciais já findos, mesmo que o herdeiro, hoje maior e capaz, fosse menor ou incapaz ao tempo do óbito ou do processo judicial.

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

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

Art. 28. É admissível inventário negativo por escritura pública.

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

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

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

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

### Seção III

## DISPOSIÇÕES COMUNS À SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO CONSENSUAIS

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

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



Parágrafo único. As partes devem, ainda, declarar ao tabelião, na mesma ocasião, que o cônjuge virago não se encontra em estado gravídico, ou ao menos, que não tenha conhecimento sobre esta condição. (Incluído pela Resolução nº 220, de 26.04.2016)

Art. 35. Da escritura, deve constar declaração das partes de que estão cientes das consequências 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 divórcios consensuais, o Oficial de Registro Civil que averbar o ato no assento de casamento também anotar a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade, ou, se de outra, comunicará ao Oficial competente para a necessária anotação.

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

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

Art. 44. É admissível, por consenso das partes, escritura pública de retificação das cláusulas de obrigações alimentares ajustadas na separação e nos divórcios 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 de 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; d) inexistência de gravidez do cônjuge virago ou desconhecimento acerca desta circunstância; e e) assistência das partes por advogado, que poderá ser comum. (Redação dada pela Resolução nº 220, de 26.04.2016)

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. Os cônjuges separados judicialmente podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento. (Redação dada pela Resolução nº 120, de 30.09.2010)

Art. 53. (Revogado pela Resolução nº 120, de 30.09.2010)

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

Ministra **ELLEN GRACIE**

Este texto não substitui a publicação oficial