

O HERDEIRO MAIOR E CAPAZ NOMEADO POR TESTAMENTO E A ESCRITURA PÚBLICA DE PARTILHA.

Sabido que ninguém pode ignorar o conteúdo das leis vigentes no país.

Como proclamava o mestre e saudoso brasileiro, dr. Rui barbosa, ilustre advogado baiano e conhecido como a "águia de haia", de que "sempre dentro da lei, porque fora dela não há salvação".

Respeitando este notável ensinamento anoto que a constituição da república federativa do brasil estabelece em seu artigo 5º, ii, o seguinte:

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”.

Em razão desta norma maior registro que os inventários e partilhas já de algum tempo poderão ser realizados pela via administrativa, ou seja, por escritura pública de partilha, com assistência obrigatória de advogado legalmente habilitado.

Com efeito.

Prescrevia o artigo 982, do antigo código de processo civil, com a nova redação que lhe deu o artigo 1º da lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2.007, que:

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

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

Assim, em face daquela determinação legal, já alterada em parte com o advento do novo código de processo civil, como se verá abaixo, havendo testamento e/ou herdeiro incapaz é obrigatória a realização do inventário e partilha pela via judicial.

Sabe-se que a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa estão prescritas nos artigos 3º e 4º, do código civil brasileiro, assim definidas:

"art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

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

lii - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

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

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

li – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o

discernimento reduzido;

lii - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

lv - os pródigos.

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

Art. 5º a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

li – pelo casamento;

lii - pelo exercício de emprego público efetivo;

lv - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria."

A referida lei nº 11.441/2007, que alterou disposições do antigo código de processo civil e parcialmente acima transcrita, a época de sua divulgação foi muito bem recebida pelo mundo jurídico pátrio.

Por força desta legislação o conselho nacional de justiça editou a resolução nº 35, de 24 de abril de 2.007, normatizando no âmbito do poder judiciário brasileiro a aplicação da referida norma legal acima citada, ato este alterado em parte, sem lhe tirar a essência, pelas resoluções nºs 120, de 30 de setembro de 2.010, 179, de 3 de outubro de 2.013 e 220, de 26 de abril de 2016.

Pois bem, o mundo jurídico de nosso país de algum tempo já estava suficientemente instrumentalizado para dar amplo cumprimento à norma legal acima transcrita.

Afirmo, no entanto, que o legislador federal poderia ter avançado um pouco mais para agilizar as partilhas quando os herdeiros necessários (descendentes, ascendentes, e o cônjuge – artigo 1.845 do código civil brasileiro) e os herdeiros nomeados por testamento, desde que, também, todos maiores e capazes, pudessem fazê-lo por escritura pública.

Isto, na verdade, não ocorreu, pois tão somente os herdeiros necessários, se maiores e capazes, poderão partilhar os bens do "de cujus" (do falecido) por escritura pública, e sempre assistidos por advogado legalmente habilitado.

A legislação em referência veda que o herdeiro maior e capaz nomeado por

testamento, mesmo havendo concordância dos demais herdeiros necessários, possa participar da partilha também por escritura pública.

Atento aos doutrinadores e aos inúmeros articulistas que já se ocuparam dessa temática, não vislumbrei, salvo enganos, nenhuma referência nesse sentido, qual seja, o herdeiro testamentário maior e capaz, haver os bens que lhe foram designados pelo "de cuius" (falecido) em testamento, por escritura pública, como ocorre com os herdeiros necessários, maiores e capazes.

Sabe-se que a sucessão testamentária vem regulamentada pelo código civil em seus artigos 1.857 a 1.911.

Se o testamento no qual o nomeado para haver bens com a morte do testador foi lavrado na estrita observância dos limites da legislação em vigor; se o herdeiro testamentário ao tempo da morte do testador era maior e capaz, e se os herdeiros necessários também são maiores e capazes, e, ainda, estes, anuírem no ato notarial reconhecendo o direito daquela sucessão testamentária, não haveria porque, creio eu, exigir-se que a partilha dos bens para este último, o herdeiro testamentário, fosse obrigatoriamente judicial.

E mais se a fazenda pública estadual, credora do tributo devido pela transmissão por causa da morte do testador, não opor nenhum óbice para a lavratura daquele ato de partilha, muito mais célere seria a partilha por escritura pública, com assistência obrigatória de advogado legalmente constituído, do que a partilha pela via judicial.

Acresça-se a este raciocínio a natural demora no procedimento judicial pelo elevadíssimo número de feitos desta e de outras naturezas, circunstância esta facilmente superável, assim entendo com o devido respeito, se o legislador federal não incluísse aquela vedação, qual seja, se houver testamento, mesmo com o nomeado maior e capaz, é obrigatória a partilha pela via judicial.

Por outro lado, consigno por oportuno, o posicionamento da valorosa ordem dos advogados do Brasil do Estado de São Paulo que, em reunião das respectivas subseções realizada no ano de 2.007 (e lá se vão nove longos anos), deliberou pugnar também pela alteração da norma em debate no sentido de que seria desnecessária a escritura pública de partilha, ato esse que poderia ser substituído pelo instrumento particular de partilha com a indispensável presença do advogado, que elaborou o instrumento, para sua posterior matrícula no registro de imóveis.

Entendem os ilustres e respeitados colegas paulistas que a norma deveria exigir apenas a maioria e capacidade civil, a sucessão legal sem testamento, a concordância dos interessados e a assistência do advogado.

Como se vê não houve a abordagem sobre a dispensa de testamento, mesmo que o nomeado nesse ato, seja maior e capaz e haja a concordância dos demais herdeiros necessários.

As duas hipóteses aventadas, a do subscritor destas anotações e aquela referida pela valorosa e combativa ordem dos advogados do Brasil, do progressista Estado de São Paulo, poderiam ser objeto de discussão no Congresso Nacional.

Seria um extraordinário avanço.

No entanto desconheço se tramitam no congresso nacional possíveis projetos de lei tratando da matéria.

Em conclusão, respeitadas as normas da sucessão testamentária e se o herdeiro favorecido em testamento for maior e capaz e se os demais herdeiros necessários, também maiores e capazes, não impugnarem a participação daquele, a partilha, também neste caso, poderia ser efetivada por escritura pública, e sempre com a assistência indispensável de advogado legalmente habilitado, e com a necessária anuência da fazenda pública estadual credora do tributo devido.

Em tempos idos encaminhei este meu posicionamento ao então eminente deputado federal, dr. Fábio trad, ilustre conterrâneo, emérito mestre na "arte do bom e do justo", ex presidente da seccional da nossa valorosa ordem dos advogados do brasil de mato grosso do sul para seu detido, acurado e competente exame para possível propositura, se assim entendesse, é claro, de alteração legislativa para os fins preconizados nestas anotações.

Infelizmente o digno cidadão e valoroso causídico não logrou reeleição, o que, por certo, impediu fosse aquela sugestão devidamente apreciada pelo honrado ex parlamentar sul-mato-grossense.

O que se lamenta profundamente, posto que perdeu o parlamento brasileiro, um extraordinário e respeitado cultor do direito.

Mais recentemente enviei à eminente senadora da república por mato grosso do sul, dra. Simone tebet, cópia deste entendimento vislumbrando a possibilidade de sua excelência, com sua reconhecida competência e amplo domínio da ciência do direito, propor projeto de lei neste sentido, se for o caso.

Por derradeiro esclareça-se que o novo código de processo civil - lei nº 13.105, de 16 de março de 2015-, com relação ao tema, estabeleceu que:

"art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º se todos forem capazes e concordes, 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 notarial".

As bem vindas alterações que o novo código de processo civil introduziu foram a inclusão das expressões "bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras" em seu § 1º, e a presença de defensor público no ato notarial ", e em seu § 2º, como acima transcrito.

Vejam que no caput do artigo 610 o novo código de processo civil se utilizou da conjunção coordenativa alternativa ou quando disciplina que havendo "testamento ou interessado incapaz" o inventário e partilha serão realizados pela via judicial.

Não dispensando de forma alguma, o que me honraria sobremaneira, as opiniões e ensinamentos mais abalizados dos mais doutos, e com mais consistência doutrinária do que estas anotações, creio que seria um grande avanço de nossa legislação, se a hipótese aventada nesta manifestação fosse incluída na legislação pátria, inclusive aquela aventada pela oab/sp.

Finalizo buscando socorro na lição do imortal Rui Barbosa no sentido de que "quem não luta pelos seus direitos, não é digno deles".

E também na máxima de Voltaire de que "não concordo com o que dizeis, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo".

Carlos Bobadilla Garcia
OAB/MS 490