

A DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES SOB AS LENTES DA *LAW AND ECONOMICS*

Dóris Ghilardi¹

Julia Mello de Oliveira²

Resumo: A temática do presente ensaio é o direito de família e sucessório brasileiro e sua desjudicialização possibilitada pela Lei 11.441/2009, que permite a realização de divórcios, inventários e partilhas por meio de escrituras públicas, nas serventias extrajudiciais. A investigação se dá à luz dos instrumentais da Análise Econômica do Direito – AED – com o objetivo de verificar a eficiência da norma legal desde a sua edição, quanto ao crescimento da procura pelos procedimentos extrajudiciais autorizados pela norma, bem como quanto à redução de custos, maior celeridade dos procedimentos e maximização do bem-estar dos envolvidos. Para tanto, aplicadas as técnicas de investigação por meio de revisão bibliográfica e dados estatísticos, é possível concluir pela eficiência da desjudicialização prevista na lei em destaque.

Palavras-Chave: Desjudicialização. Eficiência. Direito de Família. Direito das Sucessões. Análise Econômica do Direito.

THE DEJUDICIALIZATION OF FAMILY LAW AND SUCCESSIONS UNDER THE LENSES OF LAW AND

¹ Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas. Professora Adjunta da Universidade Federal de Santa Catarina, na graduação e pós graduação *stricto sensu*; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direito de Família em Perspectiva – GFAM/UFSC/CNPQ; Coordenadora Científica do IBDFAM-SC;

² Bacharel em Direito pela UFSC. Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

ECONOMICS

Abstract: The theme of this essay is Brazilian family and inheritance law and its dejudicialization made possible by Law 11.441 / 2009 which allows divorces, inventories and shares to be carried out through public deeds in extrajudicial services. The investigation takes place in the light of the instruments of Law and Economics with the objective of verifying the efficiency of the legal rule since its edition, regarding the growth in demand for extrajudicial procedures authorized by the rule, as well as regarding cost reduction, greater speed of procedures and maximizing the well-being of those involved. For that applied the investigation techniques through bibliographic review and statistical data, it is possible to conclude by the efficiency of the judicialization provided for in the highlighted law.

Keywords: Dejudicialization. Efficiency. Family Law. Succession Law. Law and Economics.

INTRODUÇÃO



demora da prestação jurisdicional, a crise numérica dos processos e a falta de efetividade do acesso à Justiça têm levado, contemporaneamente, a um generalizado descrédito no Poder Judiciário. Esse cenário conturbado acaba fazendo com que se busquem alternativas à via judicial como forma de pacificação social e método de solução de conflitos.

É nesse contexto que eclode e se alastra, no Brasil e no mundo, o processo de desjudicialização do direito, que busca a realização sadia e segura das relações jurídicas por meio de outros instrumentos que não o clássico processo judicial, retirando do âmbito do Poder Judiciário certas questões que costumavam ser de sua competência exclusiva.

No Brasil, esse processo ganhou expressividade com a edição da Lei 11.441/2007, que introduziu a possibilidade de se realizar divórcios, inventários e partilhas consensuais por meio de escritura pública diretamente nos tabelionatos de notas. Estas disposições foram posteriormente consolidadas, ainda, pelo Código de Processo Civil de 2015, que tratou da temática em seus arts. 610, 611 e 733.

Este estudo, portanto, se presta à análise da desjudicialização do direito de família como um movimento concreto que ganha força no meio jurídico e social, avaliando a sua eficiência segundo as lentes da *Law and Economics*, movimento que ganha cada vez mais força, e que se propõe a lançar luzes sobre questões jurídicas, com o aparato da economia.

A problemática que se pretende solucionar pode ser formulada pela seguinte indagação: a Lei 11.441/07, que permitiu a realização de divórcios, inventários e partilhas pela via extrajudicial, à luz da metodologia e instrumentais da Análise Econômica do Direito, é capaz de impulsionar a desjudicialização dos procedimentos familistas e sucessórios, e atingir a eficiência esperada de tal prestação extrajudicial?

Para tanto, discorre-se, inicialmente, sobre a crise que assola o Judiciário brasileiro - alavancada pela excessiva judicialização dos conflitos e pela litigiosidade que reina na sociedade contemporânea - estabelecendo o estado da arte. Esclarece-se, na sequência, o conceito de acesso à justiça, que não se restringe à definição restritiva de acesso ao Judiciário, mas que contempla a visão ampla de perfectibilização do direito além da resolução das demandas em juízo, incluindo as formas alternativas de conflito. Nesse cenário é que a desjudicialização é abordada.

Em continuidade, trata-se especificamente da ampliação da atuação das serventias extrajudiciais com a consecução de uma maior desjudicialização do direito de família e sucessório brasileiro, decorrente da edição da Lei n. 11.441/2007 para, na sequência, apresentar a Teoria dos Jogos, potencializada pela

Teoria dos Custos de Transação de Coase, e aplicá-las ao estudo em questão, com a finalidade de demonstrar benefícios da desjudicialização.

Por fim, apresentam-se dados estatísticos – Instituto Brasileiro de Geografia (IBGE) e Associação Nacional de Registradores (ANOREG) - dos efeitos concretos da faculdade de perfectibilização destes institutos do direito de família e sucessório por meio de escritura pública, para que se possa auferir a sua eficiência, o que se faz em dois âmbitos distintos: a) o primeiro deles presta-se a apresentar dados em âmbito nacional para avaliar a eficiência da própria Lei 11.441/2007, tanto em relação ao Poder Judiciário, como em relação aos sujeitos envolvidos nas demandas familistas e sucessórias em destaque; b) o segundo, também com base em dados nacionais tem por objetivo verificar como a lei em destaque se reflete com relação ao comportamento dos sujeitos.

1. A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E O MOVIMENTO DA DESJUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA

Não é necessária uma análise muito profunda para perceber que o Judiciário enfrenta, hodiernamente, uma grande crise. Não só os problemas internos da sua organização favorecem esse cenário, como também a própria desconfiança da população em geral com o seu funcionamento.

Rodrigues e Lamy (2019) apontam, em sua obra, alguns dos problemas estruturais ligados historicamente ao funcionamento do Judiciário, e que acabam por constituir óbice ao acesso à Justiça, dentre os quais pode-se destacar, a título de exemplo: a morosidade na prestação jurisdicional, a dificuldade de acesso de suas instalações a quem mora em regiões afastadas, o corporativismo de seus membros, a ausência de autonomia efetiva em relação ao Executivo e ao Legislativo e até mesmo a inexistência

de instrumentos de controle externo pela sociedade.

Sabe-se que o Estado, historicamente, tomou para si a incumbência de solucionar conflitos sociais, com exclusividade, substituindo a justiça privada e a autotutela. Esta incumbência acaba então se tornando um “poder/dever de dizer o direito por meio da jurisdição”. Poder, na medida em que a resolução de conflitos passa a ser função típica estatal, que não cabe mais aos indivíduos – no geral, é proibida a resolução de imbróglis pelos próprios particulares por meio da força. Dever, no passo em que, ao assumir o monopólio da solução jurisdicional, o Estado não pode se abster de apreciar e solucionar os casos a ele apresentados pelos cidadãos (SAID FILHO, 2017, p. 09)

Assim, ao proibir a autotutela e assumir o monopólio da jurisdição, o Estado se comprometeu com a responsabilidade de dar solução adequada aos conflitos de interesses que pudessem surgir entre os particulares. Neste contexto, a ausência de resposta célere e adequada do Poder Judiciário constitui um descumprimento da obrigação por ele assumida, de sua função social. Afinal, “Não há justiça social quando o Estado, por meio do Poder Judiciário, não consegue dar uma pronta e efetiva resposta às demandas que lhe são apresentadas”. (RODRIGUES E LAMY, 2019, p. 22)

Entretanto, o cenário que se vislumbra atualmente é de um Poder Judiciário que aos poucos perde a credibilidade dos cidadãos como órgão único responsável pela prestação da jurisdição, que não se mostra mais adequado e efetivo a resolver grande parte dos litígios contemporâneos (SAID FILHO, 2017).

Isso prejudica mormente a garantia da efetividade do processo, porquanto esta só pode ser concebida em um sistema que tenha “aptidão para alcançar os escopos sociais e políticos da jurisdição” (RODRIGUES; LAMY, 2019, p. 35), entregando soluções justas e concretas às insatisfações e conflitos entre cidadãos, e assim fazendo cumprir o Direito de modo satisfatório.

Isso se dá em vista de vários fatores como a crise

numérica de processos, que pode ser em parte atribuída ao crescimento da complexidade dos direitos e das relações sociais, bem como pela ideia de que o Poder Judiciário seria o âmbito adequado para se resolver qualquer controvérsia entre particulares.

Outra questão importante é a da demora da prestação jurisdicional. A estrutura do processo judicial brasileiro foi criada num contexto de formalismo, sob o prisma de uma ideia já ultrapassada de segurança jurídica, que faz com que as demandas tenham muitas vezes um tempo de tramitação excessivo – levando-as a não oferecer uma prestação tempestiva e adequada à velocidade do mundo contemporâneo.

Outrossim, é imperioso ressaltar que a jurisdição só cumpre inteiramente o seu papel social quando é capaz de apresentar resposta rápida e efetiva às demandas dos cidadãos.(RODRIGUES; LAMY, 2019, p. 135). Afinal, o tempo na entrega da tutela jurisdicional apresenta enorme relevância, sobretudo no que tange à efetiva proteção do direito material – que pode ser imensamente prejudicado quando a demanda tem duração estendida.

A morosidade na prestação judicial mostra-se, hoje, extremamente custosa para as partes, nos mais variados sentidos. Pode-se falar que o processo tem um *custo social*, porquanto a sociedade como um todo é atingida pela demora e inefetividade do Judiciário; um *custo político*, no passo que a demora ou ausência de prestação jurisdicional deslegitima o próprio poder estatal; um *custo econômico-social*, pois o entrave da máquina judiciária gera ainda mais despesas à Administração; e um *custo emocional*, na medida em que a indeterminação na espera por uma decisão gera insegurança e estende no tempo os conflitos. (RODRIGUES; LAMY, 2019, p. 136)

Com efeito, importa nesse momento acrescentar que uma leitura errônea do acesso à Justiça pode contribuir com esse cenário, alimentando a crise numérica e de custo dos processos.

Para tanto, faz-se necessário conceituar o acesso à justiça que, numa visão mais simplista, está ligado, basicamente, à previsão do art. 5º, XXXV da Constituição Federal brasileira: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Esta definição, no entanto, possui abrangência muito maior, englobando um largo número de garantias individuais (com as quais deve sempre estar atrelado de forma a propiciar um acesso efetivo e tempestivo à Justiça a todos os cidadãos indistintamente) bem como vários mecanismos de efetivação de direitos que fogem meramente do âmbito do Poder Judiciário – como é o caso da arbitragem, da mediação, da conciliação e também da atuação das serventias extrajudiciais.

Cappelletti e Garth (1988, p. 12) enunciam que o acesso à Justiça pode “ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Defendem referidos autores que hodiernamente o processo não pode ser concebido “no vácuo”, com a irrealista fantasia de que é composto por duas partes com igualdade de condições. Assim sendo ressaltam ser necessário reconhecer “que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva.” (CAPPELLETTI e GART, 1988, p. 12/13)

Sem ignorar os obstáculos de acesso à justiça, como a impossibilidade econômica das partes, problemas organizacionais de acesso, e a ineficiência do processo ordinário litigioso, Cappelletti e Garth buscam soluções práticas para vencer referidos problemas. Neste ínterim, defendem que os movimentos renovatórios de acesso à justiça se constituem em três “ondas”,

que acabam de certa forma correspondendo aos mencionados entraves (HULSE; GONÇALVES, 2017, p. 160).

A primeira onda é a de assistência judiciária aos pobres, que ocorreu em resposta aos entraves econômicos ao acesso à justiça. A segunda onda, por sua vez, consiste na representação dos interesses difusos – ou seja, dos interesses coletivos ou grupais. Por fim, alcança-se a terceira onda, que se pode considerar a mais revolucionária do pensamento capelletiano.

Diferentemente das anteriores, que focavam apenas na representação de interesses em juízo, esta fase tem alcance muito mais amplo, propondo a adaptação do processo civil ao tipo de conflito, através da utilização de mecanismos diferentes para soluções diferentes – mecanismos estes que extrapolam o mero âmbito do Poder Judiciário, estando entre eles inclusive as técnicas privadas ou informais de solução de litígios (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Dessa forma, percebe-se que a terceira onda foca na insuficiência do Judiciário para solucionar certos tipos de conflitos, buscando “mecanismos alternativos coexistenciais de solução de controvérsias”. Em decorrência disso, é no seio da terceira onda renovatória que poderia se enquadrar, modernamente, a tendência de desjudicialização do direito. Neste sentido:

A justiça não mais é de monopólio estatal. E de fato nunca fora. A terceira onda nos faz distinguir exatamente que não somente através da jurisdição – esta, de monopólio estatal – se realiza a justiça. O Direito e os juristas não de reconhecer este presente fenômeno simplesmente é desdobramento da realidade, e que a maioria dos litígios existentes no seio da sociedade não se resolvem nos tribunais. (FONTAINHA, 2009, p. 76/77)

Nota-se, dessa forma, que o pensamento capelletiano acerca do acesso à justiça apresentou importante evolução ao tratamento deste tema, fazendo com que o acesso fosse concebido em uma nova amplitude – que abarca, inclusive, a perfectibilização do direito além da mera representação em juízo.

Todavia, como bem lembra Oliveira (2016), ainda existe uma tendência a se relacionar o acesso à justiça à resolução de

uma controvérsia por meio de processo judicial, concebendo a Justiça como instituição, e não valor. No entanto, haveria um risco nesta premissa. Isso porque relacionar o acesso à Justiça diretamente ao Judiciário condicionaria o exame do justo apenas a uma decisão judicial, o que inadequadamente excluiria qualquer método alternativo de solução de conflitos, bem como qualquer tentativa de desjudicializar procedimentos.

É importante que se tenha em mente, neste contexto, que o acesso à Justiça efetivo que se persegue não deve ser reduzido unicamente ao acesso ao Judiciário. Trata-se muito mais de um acesso a uma justiça adequadamente organizada, e não apenas da criação de novos mecanismos dentro do processo judicial. É uma questão, sim, de assegurar uma efetiva realização do Direito. (RODRIGUES; LAMY, 2019)

É neste panorama que cresce em importância o movimento da desjudicialização, como forma de garantir a realização adequada e efetiva dos direitos dos cidadãos – seja através de mecanismos ligados à solução consensual de conflitos já existentes (como a conciliação e a mediação), seja daqueles que atuam em momento anterior ao surgimento do litígio, ou quando este nunca chegou a surgir (como é o caso das escrituras públicas de divórcio, inventário e partilha).

Em primeiro lugar, “Não havendo lide, não há razão para ir ao Judiciário”. E num contexto atual de busca por uma cultura de pacificação social – o que logicamente contribui com o des congestionamento e aumento da eficácia do Judiciário para resolver os imbróglis que realmente exigem a sua atenção – não é coerente a obrigatoriedade de se processar judicialmente ações de jurisdição voluntária, nas quais sequer existe litígio (ZANFERDINI, 2012).

Por isso, vislumbra-se a desjudicialização como uma vantajosa alternativa para combater o inchaço do Poder Judiciário, constituindo caminho inverso ao processo de judicialização excessiva que trouxe tamanhos problemas ao sistema de Justiça

brasileiro.

O certo é que, diante deste cenário de crise, deve-se utilizar das ferramentas disponíveis para possibilitar a resolução das necessidades sociais, procurando sistemas alternativos à solução dos conflitos. Em razão disso, é marcante a tendência moderna de se afastar da intervenção estatal as questões atinentes às relações privadas. É o caso da Lei 11.441/07, em que se pode dizer, inclusive, que a atividade em análise sequer é jurisdicional.

Por certo este processo de saída das demandas familistas do Judiciário resultará em um descongestionamento deste Poder, na medida em que demandas que se tornariam processos judiciais acabarão sendo remetidas a outros polos. É essa divisão de procedimentos entre o Judiciário e outros órgãos logicamente contribui, de forma direta, com a redução da morosidade na prestação da atividade jurisdicional, (SAID FILHO, 2017, p. 16/17) reduz variados custos, mostrando-se eficiente, segundo a leitura da Análise Econômica do Direito.

É preciso atentar, todavia, de que se trata de uma verdadeira mudança de paradigma, que requer para se atingir resultados maximizadores uma reformulação da mentalidade dos cidadãos e dos aplicadores do direito, com o abandono de um padrão de pensamento essencialmente litigioso e judicial.

2. BENEFÍCIOS DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL E A EDIÇÃO DA LEI 11.441/07

É patente a exponencial relevância que assumem os notariados e registros públicos em um contexto de busca por maior desjudicialização no direito de família e sucessório brasileiro.

A atuação notarial ampliada confere a possibilidade de as partes confiarem a um terceiro qualificado e imparcial a celebração de seus negócios jurídicos, além de evitar a necessidade de intervenção estatal *a posteriori* em larga parte destes atos. A

atuação das serventias extrajudiciais incentiva o consenso, deixa claro aos contratantes a extensão e efeitos jurídicos de seus atos e ainda garante que o negócio jurídico tenha se realizado de forma segura e em conformidade com o direito, por meio de instrumento dotado de fé pública – o que por certo contribui em muito com a redução da litigiosidade.(BRANDELLI, 2011)

Nesta senda, percebe-se que o notariado assume uma função econômica muito forte dentro do sistema jurídico e social brasileiro, tendo em vista que a intervenção extrajudicial *a priori* na realização dos negócios jurídicos em geral pode ser considerada mais eficiente, célere e barata do que a solução de um processo judicial já instaurado - que acaba por apresentar custosas consequências - tanto econômicas quanto psicológicas - a todos os envolvidos (BRANDELLI, 2011, p. 98) exatamente o que a AED se propõe a combater.

Por isso, a atuação notarial acaba por reduzir os custos que acompanhariam os possíveis conflitos a eclodir sem a sua intervenção, além de incentivar a circulação de direitos no mercado – já que estes, sofrendo a devida validação, ficam livres de discussões judiciais.

Dessa maneira, pode-se dizer que os direitos registral e notarial têm importante função na prevenção da eclosão de conflitos,(LOUREIRO, 2017, p. 50) contribuindo com o desenvolvimento normal e saudável das relações jurídicas entre particulares. Esta é, pois, a sua principal diferença em relação ao direito processual: enquanto este objetiva a solução de litígios já existentes, os direitos notarial e registral se ocupam de evitar o próprio surgimento dos conflitos.

Todavia, embora ainda bastante arraigada na cultura brasileira a litigiosidade e o apego ao Judiciário para resolução das contendas, há uma tendência de se transferir para as serventias extrajudiciais os processos em que não há lide – e, pois, nos quais não haveria a mínima necessidade de participação do Poder Judiciário.

Essa transferência de procedimentos para os cartórios extrajudiciais antes exclusivamente decididos sob o crivo do Poder Judiciário contribui para o desincentivo de demandas judiciais, reduzindo os custos estatais e assegurando a diminuição de custos para as partes, tanto econômicas, quanto emocionais, já que o procedimento extrajudicial é mais célere e menos custoso.

Outro aspecto a ser destacado é a confiabilidade na atuação dos cartórios por parte da sociedade como um importante aliado no processo de desjudicialização. O resultado da pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha em dezembro de 2015, indica que os cartórios são considerados as instituições mais confiáveis do Brasil entre todas as instituições públicas e privadas avaliadas (ANOREG, 2019).

Nessa senda, a “desjudicialização representa um avanço na resolução de conflitos e contribui significativamente para desafogar o Poder Judiciário, liberando-o para cumprir adequadamente o seu mister, nas demandas que forem levadas à sua apreciação, além de se traduzir em uma nova forma de acesso à Justiça” (HILSE; GOLÇALVES, 2017, p. 21):

Para o Direito de Família e Sucessões isso representa uma enorme conquista, já que são áreas afetas à intimidade das entidades familiares e seus membros, não mais obrigados a resolver suas demandas nos palcos judiciais, potencializadores de desconfortos desnecessários. Inclusive, importa anotar, de que o “desjudicialização” passou a ganhar notoriedade no sistema jurídico brasileiro justamente com a edição da Lei n. 11.441/2007 – que transfere para o âmbito cartorário a realização de divórcio, inventário e partilha não contenciosos OLIVEIRA (2015). Disposições semelhantes já podiam ser encontradas nos ordenamentos jurídicos de diversos países, como Portugal, México, França e Espanha (CASSETARI, 2018, p. 34)

Esta lei teve o importante efeito de impulsionar as discussões sobre a desjudicialização de procedimentos, mostrando que o acesso à justiça também pode ser efetivado por outros

meios mais simples, fora do âmbito do Poder Judiciário.

Essa mudança legislativa trouxe importante avanço ao sistema jurídico brasileiro, concedendo aos envolvidos a perfectibilização destes atos fora do Judiciário, desde que atendidos alguns requisitos: No caso do divórcio, as exigências legais para que possa ser realizado via escritura pública são a consensualidade, a ausência de filhos incapazes ou nascituro, a representação de ambas as partes por advogado, e a ausência de bens situados fora do Brasil, enquanto os requisitos para o inventário extrajudicial tem como condições a ausência de interesse de incapaz, o consenso entre os herdeiros, a ausência de testamento, a presença de advogado representante das partes, a quitação dos tributos incidentes e a ausência de bens estrangeiros.

No que toca ao requisito da inexistência de testamento, a 4 Turma do STJ decidiu recentemente de que existência de testamento não impede que o inventário seja processado pela via extrajudicial, contanto que os herdeiros sejam concordes, capazes e estejam devidamente assistidos por advogado; e que o referido testamento tenha sido previamente validado pela Justiça³.

A ampliação da desjudicialização é tratada por Tartuce (2018) que destaca que a competência para decidir sobre os rumos da família deve recair sobre os seus próprios integrantes, e não sobre o Estado – até porque o casal maior e capaz deve poder dirigir o seu próprio destino e gerir a sua comunhão familiar. Segundo a autora, a faculdade de realização de procedimentos extrajudiciais reafirmam a valorização da liberdade e da autonomia privada nas relações familiares, tendo em vista a falta de razoabilidade em um sistema que obrigue cidadãos capazes a praticar atos de disposição de seus bens necessariamente em Juízo.

Com efeito, consolidado está desde a edição da Lei

³ *Para Quarta Turma, existência de testamento não inviabiliza inventário extrajudicial.* STJ, 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-Quarta-Turma--existencia-de-testamento-nao-inviabiliza-inventario-extrajudicial.aspx>> Acesso em: 12/11/2019.

11.441/07 a vantajosa possibilidade de se realizar divórcios, inventários e partilhas de forma mais célere e desburocratizada, sem a necessidade de participação do Poder Judiciário. Contudo essa disposição levantou dúvidas iniciais entre os doutrinadores quanto à sua eventual obrigatoriedade.

Questionou-se, por certo tempo, se a possibilidade de utilização da via extrajudicial introduzida pela Lei 11.411/2007 excluiria os divórcios e inventários consensuais da apreciação judicial.

Alguns autores chegaram a defender, inclusive, a necessidade de se extinguir as ações de divórcio e inventários consensuais em andamento por falta de interesse processual das partes. A posição majoritária (e hoje já consolidada), porém, afirma que a via extrajudicial possui caráter eminentemente facultativo. Nesta senda, as partes não podem ser forçadas a escolher realizar divórcio, inventário ou partilha por escritura pública, ainda que preencham todos os requisitos para tanto. Afinal, como argumenta Moraes (2010), em regra não há no sistema jurídico brasileiro uma “‘instância’ administrativa obrigatória”.

Também o CNJ dispôs a respeito na Resolução n. 35: “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”⁴.

Destarte, a facultatividade do divórcio e inventário por escritura pública implica também na possibilidade de que as partes desistam, a qualquer tempo, da via judicial pela extrajudicial – ou vice-versa.

3. A DESJUDICIALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DE FAMÍLIA E SUCESSÕES PELAS LENTES DA AED

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n° 35*, de 24 de abril de 2007. Disciplina a aplicação da Lei n° 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2740>> Acesso em 25/09/2019.

Importa agora avaliar a ampliação da atuação das serventias extrajudiciais, com o advento da Lei 11.441/2007, pela optica da *Law and Economics*, movimento metodológico conhecido no Brasil como Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito (AED), e que caracteriza-se pelo emprego de novos paradigmas aplicáveis ao direito a partir de ditames analíticos e empíricos da economia, para se tentar entender e explicar as “implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica da (racionalidade)”(GICO JR, 2010, p. 17) .

A investigação da AED se dá a partir de dois níveis diferentes e independentes: o nível positivo e o nível normativo. O primeiro busca investigar como o direito repercute sobre o campo fático, o mundo do ser, ou seja, como o comportamento dos agentes é influenciado pelas normas jurídicas e a própria eficiência da norma jurídica. No campo positivista não é possível oferecer quaisquer sugestões de políticas públicas ou de como uma decisão deve ser tomada.

A análise normativa busca estudar o campo dos valores, do que deve ser. É uma análise das vantagens e consequências das normas, é uma análise sugestiva de como uma decisão deve ser tomada em detrimento da outra, como um caso deve ser resolvido de forma X e não Y. (GICO Jr, 2010, p. 18)

Para que seja possível entender melhor o estudo a partir dessas duas vertentes, Gico Jr (2010, p. 18) traz importantes lições ao explicar que quando se utiliza o instrumental da AED para realizar uma análise positiva (aferição da eficiência) o que se pode fazer é “identificar as possíveis alternativas normativas e investigar as prováveis consequências de cada uma, bem como comparar a eficiência de cada solução possível, auxiliando em uma análise de custo-benefício.” (GICO JR, 2010, P. 18)

Já para a análise normativa, uma determinada política legislativa já consubstanciada numa lei prévia, pode ser analisada para se opinar sobre qual a melhor forma de se distribuir a

riqueza ou até mesmo de se identificar a forma mais eficiente de se incentivar uma conciliação entre um casal em crise. Lembra de que nesse campo, “O contexto cultural, a ideologia, a visão política e a história do pesquisador podem influenciar de várias formas o objeto de estudo e a metodologia aplicada.” (GICO JR, 2010, 19)

Baseado nessas lições, observa-se de que a AED no nível positivo permite discutir o Direito em bases objetivas, ou seja, possibilita a verificação da eficiência de normas e/ou comportamentos dos sujeitos em determinados contextos jurídicos, com a formulação de proposições verificáveis objetivamente, que é o que se pretende nesse estudo.

Para cumprir com esse objetivo, serão utilizados alguns instrumentais da Teoria dos Jogos, potencializada por meio da articulação com a Teoria de Ronald Coase, conhecida como Teoria dos Custos de Transação.

A Teoria dos Jogos importa ao presente estudo, porquanto um de seus principais objetivos é auxiliar na compreensão do comportamento dos sujeitos quando se deparam com situações de conflito, fazendo surgir as estratégias ou comportamentos estratégicos. Cooter e Ullen (2010, p. 56) esclarecem que

O direito frequentemente se defronta com situações em que há poucos tomadores de decisões e em que a ação ótima a ser executada por uma pessoa depende do que outro agente econômico escolher. Essas situações são como os jogos, pois as pessoas precisam decidir por uma estratégia. Uma estratégia é um plano de ação que corresponde às reações de outras pessoas. A teoria dos jogos lida com qualquer situação em que a estratégia seja interessante.

Em complemento, Ribeiro e Galeski (2009, p. 109) explicam de que tal teoria tem por objetivo prever condutas e comportamentos, considerando os sujeitos como racionais – o que maximiza seus resultados. A teoria parte do pressuposto de que todos os indivíduos agem racionalmente, isto é, que todas as suas escolhas se pautam pelo resultado mais eficaz, optando por

aquilo que lhes conceda o maior nível de satisfação dentro das possibilidades disponíveis e restrições existentes.(POSNER, 2007, p. 25)

Essa visão embora não seja isenta de críticas, já que desconsidera várias externalidades, como fatores psicológicos, históricos e culturais importantes, é capaz de auxiliar na verificação não de como todos agem, mas como grande parte das pessoas age diante de determinadas possibilidades.

Também importa explicar de que a fase inicial da Teoria dos Jogos levava em consideração os jogos de soma zero, isto é, para se atingir eficiência um dos jogadores precisava vencer, derrotando o outro. O avanço deu-se com a introdução da ideia de cooperação que, segundo John Nash, traz a noção de que é possível maximizar ganhos individuais cooperando com o outro participante, já que ao final todos venceriam. (KESSLER; TRINDADE, 2019, p 580).

Nessa lógica, percebe-se a utilidade de referida teoria no estudo do divórcio, inventário ou partilha, já que as partes envolvidas precisam optar entre a resolução consensual ou litigiosa, judicial ou extrajudicial, que requer um plano de ação, com a análise de todas as implicações temporais, econômicas e sentimentais envolvidas, buscando uma maior eficiência na alocação jurídica de todos os direitos em jogo.

Além disso, para se chegar a opção da resolução consensual e extrajudicial é necessária a cooperação entre as partes, em detrimento da opção pela resolução litigiosa, mais desgastante, custosa e que não maximiza os interesses dos envolvidos.

Além de auxiliar na observação do comportamento estratégico e cooperativo dos sujeitos, por intermédio da Teoria dos Jogos, também é possível analisar a criação normativa de “estratégia ótima para cada jogador” (KESSLER; TRINDADE, 2019, p. 578).

Dito de outra forma, a Teoria dos Jogos “municia o direito de dados para que possa elaborar as regras do jogo de forma

mais eficiente possível” (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2009, p. 109), permitindo uma análise anterior à formulação da lei, ou uma análise *a posteriori*, com o objetivo de verificar se as regras do jogo - ou seja, as disposições a conter ou contidas na norma jurídica -, podem atingir ou atingiram a eficiência esperada.

A Teoria dos Jogos permite, portanto, a verificação da eficiência da Lei n. 11.441/07, a fim de avaliar se as regras nela contidas auxiliaram as partes com as melhores diretrizes, para que alcancem uma excelente estratégia de resolução de seus conflitos, de forma cooperativa.

Por sua vez, a Teoria de Coase, que tem como objeto principal a análise dos Custos de Transação (custos das trocas – aqui compreendidos como custos de uma decisão ou acordo) é uma teoria da eficiência que leva em consideração variados fatores, entre os quais, os fatores comportamentais (racionalidade), e que almeja sempre um ambiente com custos de transação positivos, seja considerando o próprio comportamento dos sujeitos ou a construção legal.

Por exemplo, o Estado, por intermédio da lei, pode criar direitos em que os eventuais custos de transação sejam diminuídos se comparados à situação anterior não regulamentada ou regulamentada de forma distinta. São os chamados *incentivos* contidos nas leis que podem auxiliar nos comportamentos futuros de pessoas que se encontrem em situações semelhantes. (COOTER e ULLEN, 2010, p. 29)

Isso permite avaliar se a lei dispõe de incentivos suficientes para que as partes se comportem de acordo com o esperado, ou seja, se a lei os influencia para que optem pelo cenário que lhes traga os menores custos de transação.

Como bem pontuam Levitt e Dubner (2005, p. 09) a opção de resolução dos conflitos por outros meios que não o litígio, o não ingresso de lides marginais, bem como a sobrevivência de relações exigem que casos conflitantes sejam solucionados com eficiência econômica.

Com efeito, o instrumental dessa teoria microeconômica permite avaliar de forma pragmática a solução eficiente das leis e demandas concretas. Essa avaliação pode se dar tanto de forma endógena (nível positivo) ou exógena (nível normativo) ao sistema jurídico.

Na aplicação do teorema com a avaliação dos custos de transação endógenos ao sistema jurídico, serão observados os comportamentos dos envolvidos no divórcio ou no inventário e partilha, enquanto que na aplicação do teorema com a avaliação dos custos de transação exógenos ao sistema, a avaliação implicará na verificação da eficácia da lei que permitiu a desjudicialização dos procedimentos referidos.

Na primeira situação, o estudo se dará pela análise dos custos em três passos da transação, quais sejam: “(a) custos da busca para a realização do negócio, (2) custos da negociação e (3) custos do cumprimento do que foi negociado.”(COOTER; ULLEN, 2010, p. 105)

A primeira etapa envolve as negociação preliminares, a barganha, o querer negociar. Os custos do negócio implicam no conhecimento dos valores de ameaça uma da outra e conhecem a solução cooperativa, ou seja, são situações de conhecimento comum, as informações são consideradas públicas, facilitando o acordo e a cooperação. Se ocorrer assimetria de informações ou se estas forem informações privadas, em que apenas uma das partes tem conhecimento, provavelmente o acordo ficará inviabilizado.

Por fim, os custos para fazer cumprir a negociação, surgem quando um acordo leva tempo para ser cumprido ou quando não possui garantias de cumprimento, elevando em demasia os custos transacionais.

Transportadas essas diretrizes para o divórcio, inventário e partilha, o que importa é avaliar a decisão das partes envolvidas. É sabido que tanto o divórcio quanto o inventário podem ser solucionados na via litigiosa ou consensual.

Para a AED a via consensual é mais vantajosa em termos de custos e benefícios, já que a alocação de tempo, dinheiro e bem-estar apresentam saldo positivo quando comparados com a entrega da prestação jurisdicional impositiva e de risco, lenta e custosa nos casos de litígio. (COOTER e ULLEN, 2010, p. 30)

No consenso, ainda que as partes abram mão de alguns de seus direitos, são as próprias partes que constroem a solução, diferente do litígio em que a decisão fica nas mãos de um terceiro, sem contar que o acordo é menos desgastante e mais barato. Nem sempre é possível evitar discordâncias, porém a sua resolução eficiente evita o desperdício de tempo, recursos financeiros e emocionais, otimizando a sua alocação. São os chamados custos de oportunidade que se referem aos custos de escolha por uma alternativa em detrimento de outra (COOTER e ULLEN, 2010, p. 26 e 53)

Vencida a primeira etapa, com a escolha dos envolvidos pelo consenso, a sinalização da eficiência geralmente é assegurada. A partir da segunda etapa de análise, tanto os custos da negociação como os custos de cumprimento da negociação sugerem atingir melhores índices quando a eleição das partes se dá pela resolução de vias alternativas à esfera judicial, na maior parte das vezes congestionada, lenta, cara e ineficiente se comparada com outras possibilidades de resolução de conflitos.

Nesse ínterim, também pode ser aplicada aqui a teoria microeconômica chamada de teoria de bem-estar, que explora a forma como as decisões são tomadas e afetam o bem-estar dos envolvidos – que reflete o estado de um sujeito que o possibilita ter um bom funcionamento de sua atividade psicológica e mental (COOTER; ULLEN, 2010, p. 60)

Nesse contexto, métodos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e aqui, especificamente, a atuação das serventias extrajudiciais que permitem o divórcio e partilha no inventário por meio de escritura pública, passa a ser um importante instrumento não só de redução de custos financeiros,

mas também emocionais dos envolvidos, já que sugerem a entrega da prestação pretendida em menor tempo e de forma eficaz, sem prolongar o sofrimento ou a indefinição do acordo. A delonga na resolução das lides e a incerteza da resposta leva a um desgaste emocional que pode ser facilmente evitado por meio da escolha da via consensual extrajudicial.

Isso tudo com segurança, já que no caso específico em análise o consenso é construído pelas partes, com a participação de um advogado e consolidado por um serventuário com fé pública.

Os custos de cumprimento de negociação que envolvem a análise da efetivação dos termos do acordo, ou seja, avalia o próprio cumprimento/descumprimento do pacto, ficará nesse estudo prejudicada, diante da ausência de dados para análise. Em princípio, tanto a sentença homologatória ou condenatória como a escritura pública possuem a mesma validade e eficácia, porém o comprometimento das partes com a sua efetivação não terá como ser avaliada.

Já na aplicação do teorema com a avaliação dos *custos de transação exógenos* ao sistema jurídico, o teorema passa a ser chamado de *Teorema Normativo de Coase*, com a responsabilidade de avaliar a norma criada, sugerindo que a regra jurídica contenha conteúdo claro e que incentive a eficiência – meta de se obter o resultado mais vantajoso com o menor custo possível -, para tanto, sugere a estruturação da lei de modo a remover os impedimentos aos acordos privados.

Nesse sentido, Cooter e Ulen (2010, p. 26) lembram de que “as leis não são apenas argumentos arcanos, técnicos; elas são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes.”

Dentro desse contexto, é possível avaliar se a inovação legislativa de 2007, contribuiu para a maximização de resultados esperados pelo movimento da desjudicialização, seja em prol do Poder Judiciário, seja em prol dos sujeitos envolvidos.

Tudo leva a crer que sim, podendo ser extraído das

razões que fundamentaram a Resolução 35 do CNJ - responsável por regulamentar a aplicação da Lei 11.441/07 -, 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”.

Tal finalidade se confirma com a opinião de Cassetari (2018, p. 83), para quem com a promulgação da Lei 11.441/2007 “abria-se uma possibilidade de duplo favorecimento para ambos os lados: o jurisdicionado ganhava uma nova forma de realizar separação, divórcio e inventário muito mais ágil, e o Judiciário, mais tempo para se dedicar às questões complexas, com a redução da tramitação desses processos.

Em complemento, Loureiro (2017, p. 1.151) explica que a extrajudicialização contribui para a celeridade dos atos, sem prejuízo à sua segurança jurídica, resultando, ainda, em diminuição de custos, pois, “embora haja necessidade de pagamento de emolumentos pela lavratura de escritura pública (salvo para as pessoas reconhecidamente pobres), os honorários advocatícios tenderão a ser menores.”

Segundo as opiniões dos juristas citados, são claras as vantagens trazidas pela Lei 11.441/2007 o que aliado ao posicionamento de economistas, assegura as premissas buscadas pela AED que incentiva a realização de acordos (cooperação), criando uma ‘regra ótima’ para as partes, permitindo-lhes a liberdade de escolha por uma via alternativa à resolução judicial, com custos de transação mais positivo e equilibrado.

Isso tudo sem se olvidar de que com a criação de uma opção alternativa para a resolução dos divórcios e inventários, contribuiu-se com a nova face do Direito de Família e Sucessões que se propõe solidária, de modo a assegurar a autonomia e a privacidade das partes na solução de suas demandas. Além disso pode ser considerado um importante mecanismo em prol da concretização do acesso à justiça.

Como bem lembra Hayek (1977, p. 88) quando trata

sobre a liberdade de escolha dentro de um regime de concorrência “se alguém se recusa a satisfazer nossos desejos, podemos dirigir-nos a outro. Mas ao lidarmos com um monopolista, ficamos à sua mercê”.

A edição da referida lei parece sugerir resultados positivos também ao Poder Judiciário, porquanto a resolução de questões pela via extrajudicial, contribui para o desafogamento no número de ações judiciais, maximizando resultados, já que permite ao juiz um pouco mais de tempo para a apreciação de demandas mais complexas e entrega mais rápida da resposta.

Importa aqui também destacar, porém apenas a título de ilustração, de que alguns empecilhos legais que inviabilizam a ampliação da atuação das serventias extrajudiciais talvez pudessem ser removidos no sentido de se atingir maior eficiência. É o caso do Projeto de Lei 9.496/2018, que expressamente permite – consoante doutrina e jurisprudência – a realização de inventário por escritura pública ainda que o *de cuius* tenha deixado testamento ou que haja herdeiro incapaz.

Nestes casos, o projeto prevê que a eficácia da escritura ficaria adstrita à posterior análise e confirmação do ato pelo Ministério Público. O mesmo poderia acontecer em relação aos divórcios quando existentes filhos menores, assegurado o seu interesse com a intervenção ministerial.

4. ANÁLISE DE DADOS ESTATÍSTICOS

Para fins de constatação e comprovação de todo o exposto, faz-se necessária a apresentação de dados concretos, consoante os próprios ensinamentos da AED, cujos pilares são reforçados pela verificação empírica da teoria desenvolvida.

4.1) ANÁLISE EXÓGENA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A avaliação da eficácia da Lei 11.441/2007, pelas lentes

do Teorema Normativo de Coase (incentivos), articulado com a Teoria do Jogos (criação de regra estratégica), confirma-se segundo os dados que se passa a expor. Para facilitar a compreensão a análise será dividida com base nos benefícios ao Judiciário e aos sujeitos envolvidos.

Em relação ao Judiciário, extrai-se do informativo publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2018, que embora tenha havido um aumento no número de divórcios nos últimos anos, a entrega de sentenças e escrituras públicas também aumentou. Entre 2017 e 2018 esse aumento na entrega da prestação jurisdicional e extrajudicial foi de 3,2%, sendo que o aumento de divórcios registrados em 2017 foi de 2,5% e, em 2018 2,6%,

Ainda segundo os dados do IBGE de 2018, a entrega da prestação jurisdicional tem sido mais intensa nos divórcios com a presença de filhos menores (46,6% entre 2008 e 2018)⁵, havendo redução do número de sentenças judiciais nos divórcios entre os casais sem filhos (redução de 30% para 27,8% - 2008 a 2018) ou só com filhos maiores (redução 20,8% para 17,3% - 2008 a 2018). Esses dados avaliados conjuntamente com os dados fornecidos pela ANOREG que mostram um número crescente de escrituras públicas de divórcio desde a edição da lei 11.441, em 2007, totalizando mais de 600.000 em todo país, corroboram com a teoria da AED de que a retirada de determinados processos do Judiciário é capaz de aumentar a sua capacidade de concessão de decisões em outras demandas.

Outra premissa confirmada é de que lei atingiu a eficiência esperada já que foi capaz de reduzir o número de demandas familiaristas e sucessórias no âmbito do Poder Judiciário, deslocando-as para a esfera extrajudicial. Essa constatação sugere um terceiro ponto de destaque relacionada à economia que a desjudicialização dos referidos procedimentos trouxe aos cofres públicos.

Segundo a Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG, 2019, p. 29)

No Tabelionato de Notas, os problemas do cidadão são solucionados de forma mais simples, rápida e barata do que quando levados ao Poder Judiciário que, em razão do acúmulo de processos, e dos gastos adicionais com o pagamento de advogados, custas e peças, promove um serviço mais demorado e caro ao usuário.

Vários estudos demonstram a preocupação com o custo da litigância e o controle de gastos do Poder Judiciário, tanto que o CNJ editou ainda em 2004 a “Justiça em Números”⁶, relatório anual que divulga em números a realidade do Judiciário, com detalhamentos da sua estrutura, litigiosidade, além de indicadores e análises para subsidiar a gestão judiciária brasileira, o que revela que os instrumentais da AED estão sendo utilizados nesse setor.

Segundo estudo realizado pelo Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça brasileiro em 2013, cada processo judicial custa aproximadamente R\$ 2.369,73 para os contribuintes⁷. Este dado mostra que a desjudicialização de procedimentos economiza importantes quantias que sairiam dos cofres públicos, o que pode ser confirmado pelo dados da ANOREG⁸, de que os mais de dois milhões de inventários, partilhas, separações e divórcios consensuais realizados desde o ano de 2007 pelos Cartórios gerou uma economia de mais de quatro bilhões de reais ao erário público pela simples retirada destas demandas do Judiciário.

A *Law and Economics* preocupa-se com a escassez dos recursos e, por isso, sugere a análise de custos e benefícios nas mais variadas situações. A edição da Lei 11.441/2007 contribuiu

⁶ Conselho Nacional de Justiça, dados disponíveis em www.cnj.gov.br, Acesso em: fev. 2020

⁷ ANOREG. *Cartório em números*. Disponível em <<https://www.anoreg.org.br/site/comunicacao/revistas/manuais-e-publicacoes-especiais/>> Acesso em: 05/09/2019.

⁸ ANOREG. *Cartório em números*. Disponível em <<https://www.anoreg.org.br/site/comunicacao/revistas/manuais-e-publicacoes-especiais/>> Acesso em: 05/09/2019.

com a questão orçamentária estatal, que não pode ser ignorada. O fato da lei trazer procedimentos de solução extrajudicial com geração de economia ao Poder Público, representa uma importante estratégia normativa que, ao mesmo tempo em que assegura o acesso à justiça, permite o investimento desse dinheiro em outras áreas.

Seguindo na linha da redução de custos transacionais, também se confirma de que a lei em destaque nesse estudo é eficiente no que toca à economia que proporciona às partes, concedendo-lhes a possibilidade de escolha pelo procedimento extrajudicial nos divórcios, inventário e partilhas, fomentando a cooperação, em contraposição à escolha da via judicial ou litigiosa.

Conforme ensina Ceneviva (2014, p. 37) “Os serviços notariais e de registros são remunerados por meio de custas e emolumentos, conforme regimento editado pelo Poder Público”. Os emolumentos são, dessa maneira, o correspondente ao “preço do serviço” na atividade privada. A competência concorrente sobre a matéria permite que cada unidade federativa determine os valores e critérios para apuração dos emolumentos, de forma que cabe a lei estadual ou distrital fixá-los.

No estado de Santa Catarina, o Regimento de Custas e Emolumentos corresponde a um conjunto de leis, composto pela Lei Complementar n. 156, de 15 de maio de 1997 e pelas suas sucessivas alterações – sendo a mais recente a introduzida pela Lei Complementar n. 730, de 21 de dezembro de 2018, que regulamentou as custas e emolumentos referentes ao ano de 2019.

Este diploma legal traça os valores a serem cobrados pelas escrituras públicas de divórcio, inventário e partilha:

11 - Escrituras públicas decorrentes da Lei federal nº 11.441, de 2007:

I - Escrituras públicas que não possuam qualquer disposição acerca de partilha de bens, móveis ou imóveis: o mesmo valor das demais escrituras sem valor;

II - Escrituras públicas que possuam a disposição acerca da partilha de bens, móveis ou imóveis, cujo acervo alcance a cifra

de até 68.269,27 (sessenta e oito mil, duzentos e sessenta e nove reais e vinte e sete centavos), (25%) do valor máximo fixado no Anexo I;

III – Escrituras públicas que possuam a disposição acerca da partilha de bens, móveis ou imóveis, cujo acervo alcance a cifra de 68.269,28 (sessenta e oito mil, duzentos e sessenta e nove reais e vinte e oito centavos) até 136.538,55 (cento e trinta e seis mil, quinhentos e trinta e oito reais e cinquenta e cinco centavos): metade (50%) do valor máximo fixado no Anexo I;

IV – Escrituras públicas que possuam a disposição acerca da partilha de bens, móveis ou imóveis, cujo acervo alcance a cifra de 136.538,56 (cento e trinta e seis mil, quinhentos e trinta e oito reais e cinquenta e seis centavos) até 409.615,42 (quatrocentos e nove mil, seiscentos e quinze reais e quarenta e dois centavos): valor máximo (100%) do valor máximo fixado no Anexo I; e

V – Escrituras públicas que possuam disposição acerca da partilha de bens, móveis ou imóveis cujo acervo seja superior a cifra de 409.615,43 (quatrocentos e nove mil, seiscentos e quinze reais e quarenta e três centavos): os valores do Anexo I, considerados isoladamente sobre o valor de cada bem, incluída ou não a meação.⁹

Considerando que as escrituras sem valor têm emolumentos fixados em R\$ 35,50 e que o Anexo I estabelece como valor máximo o montante de R\$ 1.420,00, pode-se sistematizar o valor dos emolumentos da seguinte maneira:

Escrituras sem disposições acerca de partilha de bens	R\$ 35,50
Escrituras com disposições acerca de partilha de bens – valor de até R\$ 68.269,27	R\$ 355,00
Escrituras com disposições acerca de partilha de bens – valor de R\$ 68.268,28 a R\$ 136.538,55	R\$ 710,00
Escrituras com disposições acerca de partilha de bens – valor de R\$ 136.538,56 a R\$409.615,42	R\$ 1.420,00
Escrituras com disposições acerca de partilha de bens – valor superior a R\$ 409.615,43.	Apuração sobre o valor isolado de cada bem

⁹ SANTA CATARINA. *Lei Complementar n. 219*, de 31 de dezembro de 2001. Dispõe sobre o valor dos emolumentos nos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, na forma da Lei federal nº 10.169, de 2000. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/documents/728949/2802915/regcustas_emolumentos_2019/f6873d74-fd5d-4395-a051-1ffe7611c40a> Acesso em 08/11/2019.

No caso de se optar pelo procedimento judicial, as custas iniciais são calculadas, no processo de conhecimento, no montante de 2,8% sobre o valor da causa - com o valor mínimo de R\$ 225,00 e máximo de R\$ 5.000,00¹⁰. Dessa maneira, um simples cálculo aritmético já mostra que o montante a pagar para se ingressar em Juízo é superior ao valor dos emolumentos extrajudiciais, em praticamente todas as faixas de preço.

Além disso, deve-se levar em conta que as demandas levadas a Juízo comportam várias outras despesas que não apenas as pagas para se ingressar com o processo. É o caso das custas para citação, expedição de cartas, ou até as correspondentes ao ônus da sucumbência no caso de procedimento litigioso.

Outra situação em que as vantagens da realização destes atos por escritura pública se mostram claras é a que se refere às despesas com honorários advocatícios contratuais, que podem variar largamente entre a realização de escritura pública e a utilização da via judicial. Isso se comprova pela análise dos valores da Tabela de Honorários da OAB/SC para os atos de divórcio e inventário¹¹:

Atividade	Média (%)	Piso
Divórcio consensual em cartório		
Sem bens	-	R\$2.200,00
Com bens (acrescentar o percentual sobre os bens ao valor mínimo)	10%	R\$2.200,00
Divórcio judicial litigioso		
Sem bens	-	R\$5.000,00

¹⁰ SANTA CATARINA. *Lei n. 17.654*, de 27 de dezembro de 2018. Dispõe sobre a Taxa de Serviços Judiciais (TSJ) e adota outras providências. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2018/17654_2018_lei.html> Acesso em 10/11/2019.

¹¹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SEÇÃO DE SANTA CATARINA. *Resolução n. 01/2016*. Altera a Resolução nº 10, de 26 de fevereiro de 2014, que dispõe sobre a Tabela de Honorários organizada pela Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de Santa Catarina e dá outras providências. Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/arquivo/galeria/1_32_5a788ca12b475.pdf> Acesso em: 08/11/2019.

Com bens (acrescentar o percentual sobre os bens ao valor mínimo)	10 a 20%	R\$6.500,00
Com reconvenção – acrescentar	-	R\$3.000,00
Divórcio judicial consensual (acrescentar o percentual sobre os bens da meação ao valor mínimo)	10 a 20%	R\$4.000,00
Inventários e arrolamentos em cartório		
Como advogado do inventariante: 10% sobre o monte-mor líquido	10%	R\$ 2.500,00
Como advogado do inventariante e dos herdeiros: 8% sobre o monte-mor líquido, mais 2% do quinhão de cada herdeiro	8 + 2%	R\$ 2.500,00
Inventários e arrolamentos judiciais		
Sem litígio	10%	R\$ 3.500,00
Com litígio: acrescentar ao mínimo 10% sobre o monte-mor, mais 2% sobre o quinhão de cada herdeiro	10 + 2%	R\$ 3.500,00

Destarte, percebe-se que os custos com a contratação de advogado para representação das partes nos procedimentos de divórcio e inventário judicial se mostram expressivamente maiores do que no procedimento extrajudicial – em tamanha diferença que já justificaria, por si só, a maior vantagem econômica da realização de escritura pública.

No que tange às pessoas sem condições de arcar com os custos destes atos, é assegurada a gratuidade da justiça também na celebração de escritura pública, e não apenas no processo judicial (como já extensamente analisado nos itens “2.2.2” e “2.2.3”), o que faz que com este não seja um empecilho para a efetivação destes atos extrajudicialmente.

Por fim, mas não menos importante, denota-se que o saldo também é positivo quando verificada a desjudicialização em números no tocante à maior celeridade dos procedimentos ou à efetividade na entrega da prestação pretendida, beneficiando diretamente os sujeitos envolvidos.

De acordo com dados divulgados pela ANOREG, o prazo para efetivação de um divórcio que, no Judiciário seria de aproximadamente um ano, passou para uma média de uma semana, no caso de se optar pela via extrajudicial; enquanto o

inventário, que podia levar mais de quinze anos no Judiciário, agora é realizado em aproximadamente quinze dias nos tabelionatos de notas.

Assim sendo, resta clarividente que a escolha da via extrajudicial se mostra significativamente menos custosa às partes – seja no aspecto financeiro, em termos de celeridade, de facilitação de procedimentos, o que contribui para o aumento do bem-estar.

Com efeito, a eficiência da Lei 11.441/2007, resta confirmada tanto no sentido de que as regras por ela trazidas podem ser consideradas ótimas estrategicamente falando ou como construtivas à cooperação (Teoria dos Jogos), como também de que está municiada de importantes incentivos, que fazem reduzir os custos transacionais das partes ao optarem pela resolução de suas demandas consensualmente na via extrajudicial (Teoria de Coase).

4.2) ANÁLISE ENDÓGENA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO:

Inicia-se a análise endógena dos custos de transação, observando as duas primeiras etapas sugeridas pelo Teorema de Coase, quais sejam a busca pela opção de consenso e os custos da negociação, prejudicada análise dos custos de cumprimento do acordo diante da inexistência de dados nesse sentido. A análise será conjugada com os ensinamentos da Teoria dos Jogos que leva em consideração a escolha racional dos envolvidos, por meio da escolha da estratégia ótima.

Segundo dados do IBGE enquanto cresceu em 46,6% o número de sentenças judiciais de divórcio entre os anos de 2008 e 2018, nos modelos familiares constituídos por casais com apenas filhos menores, o número de sentenças judiciais reduziu de 30% para 27,8% entre os casais sem filhos, diminuindo também de 20,8% para 17,3% entre casais somente com filhos maiores.

Embora o número se relacione com o número de decisões, tendo em vista o tipo de família constituída, a avaliação desses dados, com os números divulgados pela ANOREG, que indicam que entre 2007 e 2018 o número de escrituras de divórcios consensuais somou mais de 600.000¹², alguns fatos se confirmam: o primeiro deles é de que mesmo nos casos em que os casais poderiam optar pelo divórcio extrajudicial, continuam utilizando o divórcio judicial, ao menos se levado em consideração a inexistência de filhos. Embora os dados não revelem quanto nesse percentual corresponde a demandas litigiosas ou consensuais, é certo de que há demandas não litigiosas sendo levadas ao Judiciário.

Aplicando-se a Teoria dos Jogos, percebe-se que nem sempre os pares elegem o consenso ou a via extrajudicial, seja em razão da falha na escolha das estratégias, seja porque a cooperação não foi possível de ser atingida ou não se mostre vantajosa por alguma externalidade que não apenas a racionalidade pura e simples. De acordo com os ensinamentos da Teoria de Coase também pode se falar de falha na análise dos custos de transação ou comportamento não esperados.

Quanto às externalidades, podem ser elencados alguns argumentos ouvidos de partes ou advogados que, por vezes, representam óbices à escolha pela via extrajudicial, como a de que a sentença judicial apresenta maior segurança e efetividade de cumprimento do que a escritura pública (argumento frágil, muito mais pautado na cultura brasileira de que o juiz é quem resolve tudo, do que em dados efetivos); ou, o maior rigor na apresentação da documentação via extrajudicial do que judicial (o que se confirma na prática, mas que faz com que a sentença nem sempre consiga entregar a efetiva tutela, encontrando entraves no momento do registro extrajudicial da divisão patrimonial, tendo

¹² ANOREG, *Cartório em números*. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/comunicacao/revistas/manuais-e-publicacoes-especiais/>> Acesso em: 05/09/20 29.

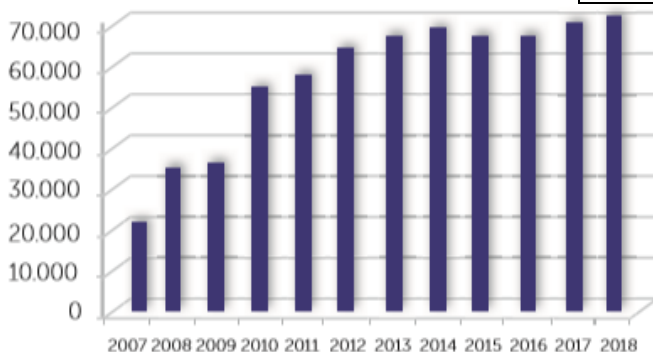
em vista à ausência de documentação); ou, ainda, motivada pela própria escolha dos advogados por questões econômicas (os valores de honorários cobrados são maiores na via judicial).

Apesar disso, é possível comprovar o fato de que embora ainda haja a opção pela via judicial, os casais estão cada vez menos procurando a via judicial para a realização de divórcios, o que sugere um aumento pela procura extrajudicial nos casos permitidos - inexistir litigiosidade e filhos menores e/ou incapazes - e que se confirma pelos dados da ANOREG, de que já são mais de dois milhões de inventários, partilhas, separações e divórcios consensuais realizados por escritura pública desde o ano de 2007.

Os divórcios diretos por escritura pública, consoante exposto acima, somaram mais de 600.000 atos entre 2007 e 2018, em um crescimento numérico quase que contínuo ao longo destes anos conforma gráfico a seguir¹³:

Ano	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Div. diretos	19.739	32.385	33.411	50.921	57.799	60.987	64.043	65.230	64.502	64.187	66.511	69.529

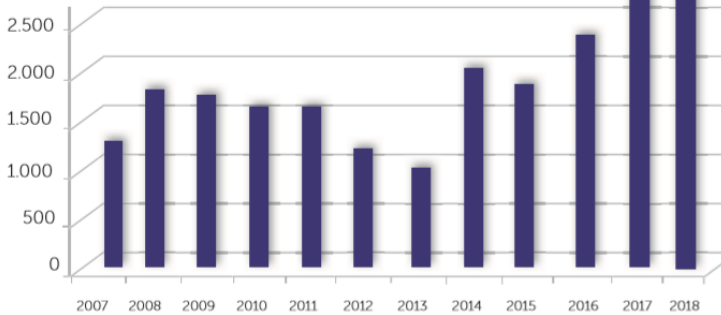
Total:	649.244
--------	---------



¹³ ANOREG, *Cartório em números*. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/comunicacao/revistas/manuais-e-publicacoes-especiais/>> Acesso em: 05/09/20 29.

Quanto às partilhas extrajudiciais, os atos desta natureza realizados por meio de escritura pública alcançam, desde 2007, o número de 21.150¹⁴:

Ano	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Partilhas	1.241	1.637	1.602	1.532	1.542	1.083	1.005	1.948	1.787	2.223	2.658	2.892



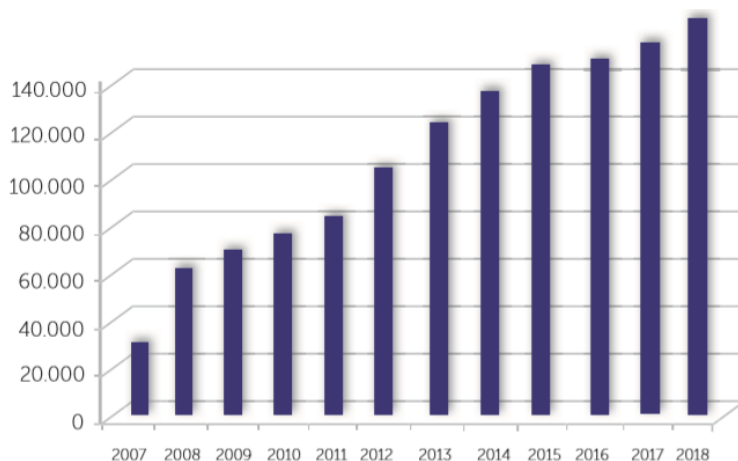
Por fim, no que tange aos inventários, foram mais de 1.2 milhões de atos realizados pela via extrajudicial neste lapso temporal¹⁵:

Ano	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Invent	34.210	59.744	66.971	78.094	98.275	103.903	121.741	130.697	141.740	145.727	149.625	163.115

Total:	1.293.842
--------	-----------

¹⁴ ANOREG. *Cartório em números*. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/comunicacao/revistas/manuais-e-publicacoes-especiais/>> Acesso em: 05/09/2019, p. 34.

¹⁵ ANOREG, op. cit., p. 37.



O aumento exponencial da utilização da via extrajudicial para a realização de atos do direito de família e das sucessões demonstra a força que ganha o processo de desjudicialização na sociedade hodierna, revelando o critério de “escolha racional” por grande parte dos casais sem filhos ou com apenas filhos maiores que buscam a resolução do fim do casamento ou dos herdeiros que necessitam partilhar os bens recebidos.

Ainda que essa racionalidade muitas vezes não seja consciente, os números revelam que aos poucos a sociedade avança no sentido da busca do bem-estar, normalmente assegurada pelo processo consensuais se comparados com os litigiosos, bem como pela resolução das demandas em menor tempo e custos, trazidos pelas via extrajudicial, confirmando as premissas da AED.

CONCLUSÃO

Restou demonstrada, no bojo do presente trabalho, a central importância do movimento da desjudicialização do direito de família e sucessório, com o advento da Lei 11.441/07 que possibilitou a realização de divórcios, inventários e partilhas, por

meio de escritura pública.

Esta disposição auxiliou no desafogamento do Judiciário, pela lógica redução das demandas, incentivando e alavancando a resolução dos conflitos via extrajudicial e de forma consensual. Também contribuiu com a nova leitura do Direito de Família e Sucessões muito mais solidária e preocupada em assegurar a autonomia e privacidade das partes na solução de suas demandas.

Com apoio dos instrumentais de teorias da AED – Teoria dos Jogos e Teoria de Coase – confirmadas por levantamento teórico e de dados, pode ser respondida positivamente a questão formulada de que a desjudicialização vem ampliando-se desde a edição da lei de divórcio, inventário e partilha extrajudiciais.

Um número significativo de escrituras públicas foi lavrado desde então, o que demonstra um comportamento racional de grande parte da população envolvida nessas situações, embora também tenha sido observado de que várias ações que poderiam estar fora do Judiciário, por preencherem os requisitos de possibilidade de solução extrajudicial, lá ainda permanecem, já que a desjudicialização é apenas uma faculdade e nem todos optam pelo âmbito extrajudicial.

Embora ainda se verifique algumas resistências à escolha dos procedimentos extrajudiciais e que, em sua maioria, precisam ser vencidos, como a desinformação ou avaliação incorreta das partes quanto a seus benefícios, a animosidade que impede o consenso, a influência dos advogados motivados principalmente por questões econômicas, a cultura do apego ao Judiciário, grandes passos já foram dados nesse sentido.

De todo modo, em linhas gerais a lei 11.441/2007 foi anunciada com regras eficientes, que permitem aos jogadores – partes envolvidas no divórcio ou inventário – a adoção de estratégias ótimas (avaliação positiva de custos e benefícios) e de cooperação, em decorrência da viabilidade de resolução das demandas via escritura pública, de modo mais ágil, com redução dos

custos de transação econômico e afetivo, maximizando o bem-estar dos envolvidos, se comparado com a opção judicial, forma única à disposição antes da lei em destaque.

Também em relação ao Judiciário, foi permitido demonstrar que houve uma redução de demandas consensuais de divórcio – sem filhos menores e/ou incapazes - e inventário, ao mesmo tempo em que esse número cresceu nas serventias extrajudiciais; outra constatação foi o aumento de sentenças dos divórcio nos casos litigiosos ou de casais com filhos, que não podem ser solucionados na via extrajudicial, dado relevante para confirmar de que quando algumas demandas são retiradas do Judiciário, sobra mais tempo para que os juízes se dediquem àquelas que ali estão para ser julgadas. Um último aspecto, mas não menos importante, foi a economia gerada aos cofres públicos com a redução de ações judiciais de inventário e divórcio, por terem sido deslocadas para a via extrajudicial.



REFERÊNCIAS CONSULTADAS

- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CASSETTARI, Christiano. *Divórcio, Extinção de União Estável e Inventário por Escritura Pública: Teoria e Prática*. 9^a ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada*. 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução Luis Marcos Sander; 5 edição, Porto Alegre:

- Bookman, 2010,
- FONTAINHA, Fernando de Castro. *Acesso à justiça: Da Contribuição de Mauro Cappelletti à Realidade Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- GICO JR, Ivo. Metodologia e Espistemologia da Análise Econômica do Direito. In *Analysis of Law review*, vol. 01, n. 1, p. 7-32, 2010
- HAYEK. *A Camino da Servidumbre*, Madrid, Alianza, 1977
- HÜLSE, Fabiano Colusso Ribeiro Levi; GONÇALVES, Sandra Krieger. Desjudicialização no sistema judicial brasileiro: reflexões sobre a mitigação do paradigma do monopólio da jurisdição. *Direitos culturais*, Santo Ângelo, v. 12, n. 28, p. 159/182, set/dez 2017.
- KESSLER, Daniela; TRINDADE, Manoel. A mediação sob o prisma da AED. In *RJLB*, ano 5, 2019, n. 04.
- LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics*. O lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2005
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 8ª ed. ver., atual e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. *Desjudicialização, acesso à justiça e teoria geral do processo*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015.
- _____. Uma releitura do princípio do acesso à justiça e a ideia da desjudicialização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. XI. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18064/13318>>. Acesso em 17/10/2019.
- POSNER, Richard. *El Analisis Economico del Derecho*. Mexico: Fondo de La Cultura, 2007
- RIBEIRO, Marcia; Pereira, GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria*

- Geral dos Contratos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- SAID FILHO, Fernando Forte. A crise do poder judiciário: os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 175/200, junho. 2017.
- TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 3ª ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Método, 2018.
- ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. *Revista NEJ – Eletrônica*. S.l., v. 17, n. 2, mai/ago 2012. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970/2313>>. Acesso em: 02/09/2019.