

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ATUAÇÃO NOTARIAL**

DAISY EHRHARDT

Itajaí - SC

2013

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ATUAÇÃO NOTARIAL

DAISY EHRHARDT

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Pedro Manoel Abreu

Itajaí - SC

2013

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Às minhas filhas, Paola, Nicole e Yasmin pela paciência e aceitação quanto ao tempo furtado de suas companhias e ao Nilson pelo apoio incondicional. Agradecimento especial ao Professor Doutor Pedro Manoel Abreu, pelas pertinentes considerações e estímulos durante o desenvolvimento da pesquisa acadêmica. Aos Professores Doutores Christiano Cassetari, Paulo Roney Ávila Fagundes e Alexandre Moraes da Rosa por suas ponderadas arguições como participantes da Banca de Avaliação do presente trabalho e, especialmente ao primeiro por dispor-se a deslocar-se de São Paulo, especialmente para esse compromisso. Ao Professor Doutor Paulo Márcio Cruz, Coordenador do Curso de Mestrado, pelo intenso trabalho na Coordenação e incentivo constante. Aos Professores Doutores Álvaro Borges de Oliveira, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Josemar Sidinei Soares, Marcos Leite Garcia, Maria da Graça Santos Dias e Zenildo Bodnar, professores sempre dispostos à colaboração. A Bacharel Jaqueline Moretti Quintero, Secretária do Curso de Mestrado, pela colaboração e disponibilidade durante todo o curso. A todos os Professores do curso, aos colegas de turma, e aos prestativos servidores da instituição.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Rosa Moserz, por ser a pessoa responsável
por todas as minhas realizações.

“O direito em sua realização é um ato do livre arbítrio fundado na lei moral e, portanto, uma expansão da vontade determinada pela inteligência.”¹

¹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 17.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), junho de 2013

DAISY EHRHARDT

Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO CURSO DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

ROL DE CATEGORIAS^{2 3}

Rol de categorias que o Autor considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

ROL DE CATEGORIAS

Categoria: Conceito Operacional.

Autonomia privada

“A autonomia privada poderia ser entendida como capacidade de o sujeito de direito determinar seu próprio comportamento individual: abrange tanto as escolhas existenciais (‘com quem manter relações de amizade e de amor’, como se vestir e manter a aparência’, etc.) como a realização de negócios jurídicos.”⁴

Atuação notarial

“A intervenção estatal, através de um agente delegado, na esfera de desenvolvimento voluntário do direito vislumbrando a certeza e segurança jurídicas preventivas, evitando litígios, acautelando direitos, dando certeza às relações e sendo portanto um importante instrumento na consecução da paz social”⁵.

Direito notarial

“O direito notarial é o aglomerado de normas jurídicas destinadas a regular a função notarial e o notariado. É o conjunto de normas jurídicas que regulamentam o agente realizador da função notarial, bem como a própria função por ele exercida no desempenho de sua atividade profissional”⁶.

² Os Conceitos Operacionais das Categorias Básicas são apresentados de acordo com as orientações contidas em PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 11. ed. rev. atual. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2008.

³ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática, 2008, p. 37.

⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p.142)

⁵ BRANDELLI, Leonardo. **Atuação notarial numa economia de mercado**. A tutela do hipossuficiente. Revista de Direito Imobiliário n.º 52, ano 25, Jan/Jun de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.165.

⁶ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.125.

Escritura pública

“É o ato notarial pelo qual o notário recebe a vontade manifestada pelas partes e endereçadas a ele, tabelião, para que instrumentalize o ato jurídico adequado; é o ato por meio do qual o tabelião recebe a vontade das partes, qualifica esta vontade e cria o instrumento adequado a dar vazão jurídica a essa vontade.”⁷

Natureza Jurídica

“Natureza jurídica é afinidade que um instituto jurídico tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação.”⁸

Notário

“Notário, ou tabelião de notas, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”.⁹

Ordenamento Jurídico

O ordenamento jurídico é o conjunto de normas jurídicas vigentes em um país.¹⁰

Princípio

“Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, uma disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência.”¹¹

Segurança Jurídica

Segurança Jurídica é a garantia concedida às partes de que não ocorrerá alteração brusca no ordenamento jurídico de um país.

⁷ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.373

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 381.

⁹ Artigo 3º da Lei n. 8.935 de 18 de novembro de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm

¹⁰ Conceito Operacional proposto por composição a partir do conceito de: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UNB, 1995. Título original: La teoria delle forme di governo nella storia Del pensiero político: anno accademico 1975-76.

¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 545.

SUMÁRIO

RESUMO.....	12
ABSTRACT.....	13
INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO I.....	17
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO PRIVADO SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	17
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	17
1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	17
1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
1.4 OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	24
1.4.1 Igualdade	24
1.4.2 Segurança jurídica.....	27
1.5 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	29
1.5.1 Personalidade	33
1.5.2 Família.....	37
1.5.3 Idoso, criança e adolescente	40
1.5.4 Contratos	44
1.5.5 Propriedade privada	48
CAPÍTULO II	53
ATUAÇÃO NOTARIAL.....	53
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	53
2.2 HISTÓRICO E REGIME JURÍDICO NOTARIAL NO BRASIL	53
2.2.1 Contexto Mundial	53
2.2.2 Contexto Nacional	59
2.2.3 Política Jurídica Notarial Brasileira	62

2.2.4 Regime Jurídico Notarial no Brasil	67
2.2.5 Notário e Função Notarial	70
2.3 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA ATUAÇÃO NOTARIAL	74
2.3.1 Princípio da Juridicidade ou Controle da Legalidade	76
2.3.2 Princípio da Cautelaridade.....	77
2.3.3 Princípio da Imparcialidade	78
2.3.4 Princípio da Publicidade.....	79
2.3.5 Princípio da Rogação e Técnica.....	80
2.4 ATO NOTARIAL.....	81
2.4.1 DECISÃO OU ASSESSORAMENTO PRELIMINAR	82
2.4.2 DAR FÉ	84
CAPÍTULO III	91
CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ATUAÇÃO NOTARIAL.....	91
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	91
3.2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO NOTÁRIO.....	91
3.3 ACESSO À JUSTIÇA E ATUAÇÃO NOTARIAL.....	95
3.4 ATUAÇÃO NOTARIAL E AS SITUAÇÕES SUBJETIVAS DE CARÁTER PATRIMONIAL E DE CARÁTER EXISTENCIAL....	101
3.4.1. Autenticação e reconhecimento de firma por autenticidade	102
3.4.2 Constituição de novos grupos familiares a partir de escrituras públicas declaratórias de união estável, inclusive homoafetivas	104
3.4.3 Limites da representação legal de filhos menores e a atuação notarial	107
3.4.4 A função notarial e a proteção das pessoas idosas	115
3.4.5 Disposições antecipadas de vontade	118
3.4.6 A escritura pública e a segurança jurídica na circulação de bens	126
3.4.7 Efeitos patrimoniais do casamento e da separação ou divórcio e a sobrepartilha pela via extrajudicial.....	129
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	137
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	141

RESUMO

A presente dissertação insere-se na Linha de Pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito. O tema se justifica tendo em vista o caráter embrionário da atividade notarial brasileira, ainda pouco valorizada e pouco conhecida como instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana e de concretização dos direitos fundamentais. A pesquisa investigou a hipótese de que a atuação notarial, considerada instrumento de efetivação do direito de acesso à justiça, pode concretamente efetivar os ditames constitucionais, atuando principalmente na prevenção de litígios e na consolidação da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o objetivo geral é demonstrar o papel do notário como agente colaborador da efetividade ou eficácia dos princípios constitucionais no plano das relações privadas. Para alcançar os seus objetivos, este relatório de pesquisa é dividido em três capítulos. O Capítulo I aborda a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e alguns princípios constitucionais diretamente relacionados à atuação notarial, bem como analisa o fenômeno da constitucionalização do direito privado em relação aos principais institutos do direito civil – a personalidade, a família, os contratos e a propriedade privada. O Capítulo II discorre sobre os aspectos históricos, conceituais e principiológicos da atuação notarial. Por fim, o Capítulo III pretende aproximar a atuação notarial da concretização da Constituição apresentando algumas hipóteses de atos notariais reveladores do papel do notário como intérprete da Constituição, da atuação notarial como instrumento de efetivação do acesso à justiça e, ainda, demonstrar situações em que o ato notarial cumpre essa função. Em seguida, são expostas as considerações finais.

Palavras-chave: Dignidade humana. Direitos fundamentais. Atuação notarial

ABSTRACT

The current dissertation is inserted in the line of Constitutionalism Research and Law Production. The theme is justified because of the embryonic character of the Brazilian notarial activity, which is still little valued and little known as means of human being's dignity effectuation and concretion of fundamental rights. The research investigated the hypothesis that the notarial act, considered as means of the right to justice effectuation, can solidly effect the constitutional dictates, mainly acting in the prevention of disputes and the consolidation of human being dignity. Thereby, the main objective is to show the role of the notary as a collaborative agent of the effectiveness or efficiency of constitutional principles over the private relations plan. In order to reach its objectives, this research report is divided into three chapters. Chapter I addresses the human being dignity, fundamental rights and some constitutional rights directly related to notarial act, as well as it analyses the phenomenon of private law constitutionalization in relation to the main civil law institutions – personality, family, contracts and private propriety. Chapter II talks about historical, conceptual and principle-logical aspects of the notarial act. At last, Chapter III intends to approach the notarial act of the Constitution concretion presenting some hypothesis of notarial act revealers of the notarial role as a constitutional interpreter, notarial act as an instrument of access to justice effectuation, and still, shows situations in which the notarial act fulfills this role. After that, final considerations are exposed.

Key-words: Human dignity. Fundamental rights. Notarial act

INTRODUÇÃO

A presente dissertação estuda a concretização dos princípios constitucionais e direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro por meio da atuação notarial. O objetivo institucional desta pesquisa foi a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. O objetivo científico foi estudar as possibilidades de atuação do notário na concretização dos princípios constitucionais e direitos fundamentais sob o enfoque das vantagens dessa atuação na administração de interesses privados.

Atualmente, a crescente complexidade das relações jurídicas exige da sociedade em geral e principalmente do Estado, a busca constante por soluções jurídicas eficazes, tanto para a fase de normalidade do direito, onde as relações se estabelecem dentro de um contexto de ausência de conflito, quanto para aquelas onde o conflito seja a razão de ser da atuação estatal.

Diante dessa realidade e considerando-se as relações de direito privado percebe-se que desde as origens do convívio social se mostra vantajosa a participação de um intermediário que represente o Estado e que desperte a confiança das partes em razão de sua imparcialidade e independência jurídica, conferindo certeza ao que foi ajustado em negócios jurídicos mais diversos ou apenas em relação a quaisquer atos com repercussão jurídica relevante.

O notário ou tabelião de notas apesar de pouco conhecido ou percebido pela sociedade em geral exerce esse papel em ambas as situações – ausência ou presença de conflito de interesses. Porém o trabalho desenvolvido nesta pesquisa procura demonstrar que a participação do notário na vida privada pode ir muito além da mera instrumentalização dos atos e negócios jurídicos.

Isso porque, com a Constituição Federal servindo como norte de todo o direito privado, o notário passa a exercer um papel constitucional de concretizador dos princípios e direitos fundamentais, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e, com isso torna-se um agente estatal com participação efetiva no desenvolvimento social além de representar meio eficaz e acessível de administração da justiça e regulação da vida privada.

Para o equacionamento do problema foram levantadas as seguintes hipóteses: a atuação notarial:

a) realiza os princípios constitucionais e direitos fundamentais nas relações privadas;

b) colabora com a administração da justiça, sendo instrumento de efetivação do direito de acesso à justiça;

c) concretizadora dos princípios constitucionais e direitos fundamentais se efetiva diretamente por meio de diversos atos notariais.

O exame dessas questões, desenvolvido neste trabalho, está sintetizado da seguinte forma. No Capítulo 1, abordam-se de forma breve a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais e sucintamente apresentam-se outros princípios constitucionais envolvidos diretamente na atuação notarial. Também neste capítulo, trata-se da constitucionalização do direito privado e das principais inovações do direito civil, tendo por fundamento o princípio da dignidade humana, no que se refere aos direitos da personalidade, família, idosos, adolescentes, contratos e propriedade privada.

O Capítulo 2 cuida da atuação do notário, tratando de breve histórico e do regime jurídico brasileiro, analisa a política jurídica específica e define notário e a função notarial. No mesmo capítulo, apresentam-se os princípios informadores desta atuação e trata-se do ato notarial propriamente dito revelado em seu duplo aspecto de interferência na vida privada.

No Capítulo 3, apresenta-se o papel do notário como intérprete da Constituição, e sua atuação, na prevenção de litígios e solução de conflitos. Também são apresentados alguns exemplos de aplicação dos princípios constitucionais por meio da atuação notarial, como forma de dar efetividade aos direitos fundamentais.

O texto se encerra com as considerações finais, nas quais se apresentam os pontos conclusivos, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a atuação notarial vinculada à concretização constitucional.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação¹², foi utilizado o Método Indutivo¹³; na fase de tratamento de dados, o

¹² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe dados, sob a moldura do Referente estabelecido”. In: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 11. ed. rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 103.

Método Cartesiano; e que o relatório dos resultados expresso na presente Dissertação é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do Referente¹⁴, da Categoria¹⁵, do Conceito Operacional¹⁶ e da Pesquisa Bibliográfica¹⁷. Nesta Dissertação, os conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

¹³ “[...] nele se opera a coleta de elementos que são reunidos e concatenados para caracterizar o Tema pesquisado.” *In*: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 11. ed. rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 92.

¹⁴ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. *In*: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 11. ed. rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 54.

¹⁵ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 11. ed. rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 34.

¹⁶ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. *In*: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 11. ed. rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 37.

¹⁷ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. *In*: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 11. ed. rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 209.

CAPÍTULO I

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO PRIVADO SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Neste capítulo trataremos do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor do ordenamento jurídico e dos direitos fundamentais, passando na sequência a uma breve análise dos princípios da igualdade e da segurança jurídica, para então tratar da atual visão do direito privado, sob o prisma constitucional, em relação aos seus principais institutos: personalidade, família, contratos e propriedade privada.

Na abordagem do tema far-se-á um destaque específico no tratamento da família, no que se refere ao idoso, à criança e ao adolescente, por possuírem estatutos legislativos próprios.

1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ingo Wolfgang Sarlet sintetizou o tema da dignidade da pessoa humana e, por isso, sua obra é referência para o desenvolvimento deste tópico.¹⁸ Para Sarlet, a vinculação entre dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais constitui um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo.

Explica o autor, que na evolução do conceito de dignidade humana, a ideia do valor intrínseco da pessoa humana tem raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão, evoluindo gradativamente no pensamento filosófico e político da antiguidade até a era moderna, passando pelas ponderações de Tomas de Aquino e com importantes contribuições de Francisco de Vitória, já no século XVI, quando

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 181p.

este tratou do direito dos índios de serem livres e iguais tão somente por sua condição humana e independentemente de serem cristãos.¹⁹

Assevera que em Samuel Pufendorf se pode constatar um passo efetivo na elaboração de uma primeira formulação tipicamente secular e racional da dignidade da pessoa humana, considerada esta como a liberdade do ser humano optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento.²⁰

Foi contudo com Immanuel Kant, cuja noção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, que se completou o processo de separação entre uma concepção religiosa e uma concepção laica de dignidade, marcando uma guinada decisiva no âmbito do pensamento filosófico, passando a influenciar profundamente a produção jurídica²¹. Porém, tanto o pensamento de Kant quanto as demais concepções que sustentaram ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana foram alvo de crítica por um excessivo antropocentrismo.²²

Entre os diversos contrapontos e contribuições à teoria de Kant, destaca-se a concepção jusnaturalista, que viveu o apogeu no século XVIII, com o pensamento de que uma ordem constitucional que consagra a ideia da dignidade da pessoa humana deve ter por fundamento o fato de que o homem, por sua condição humana e independentemente de qualquer circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.²³

Sarlet explica ser tarefa difícil formular uma conceituação de dignidade em virtude de que se cuida de conceitos de contornos vagos e imprecisos, caracterizados pela ambiguidade e porosidade. Diz ainda que uma das principais dificuldades reside no fato de que no caso da dignidade não se cuida de aspectos específicos da existência humana, como a integridade física, a intimidade, a vida, mas sim de uma qualidade tida como inerente ou atribuída a todo e qualquer ser

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 35

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 36.

²¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 69.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 40

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

humano e, por essa razão, passou a ser concebida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal.²⁴

Após analisar conceitos propostos por diversos autores (Gonzalez Perez, Jorge Miranda, Günter Durig, Gomes Canotilho, Perez Luño, Ernst Bendam, Hasso Hofmann, Francis Fukuyuma entre outros), Sarlet propõe uma conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva, reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável, nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁵

Esclarece que tal proposta há de ser sempre testada à luz da relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, uma vez que o âmbito dessa relação é ser dinâmica e recíproca, podendo o conceito então ser concretizado e apto a produzir as necessárias consequências jurídicas.²⁶

A respeito do *status* jurídico-normativo da dignidade da pessoa no âmbito de nosso ordenamento constitucional, o Constituinte de 1988 preferiu guindá-la à condição de princípio e valor fundamental (artigo 1º, inciso III).²⁷ Esta opção se deu por ser compatível com o reconhecimento da plenitude eficaz e da plena vinculatividade da dignidade humana na sua dimensão jurídico-normativa, seja na perspectiva objetiva ou subjetiva.²⁸ Assim, a dignidade da pessoa é um valor e princípio normativo fundamental, e exige reconhecer e proteger todas as dimensões

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 85

²⁷ Título I - Dos Princípios Fundamentais - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 85

de direitos fundamentais, mesmo daqueles que não tenham fundamento direto nela.²⁹

No mesmo sentido, Daniel Sarmento defende que além de atuar como limite para o legislador, a Constituição projeta efeitos hermenêuticos, na medida em que condiciona a interpretação das normas privadas no sentido da proteção e promoção dos valores constitucionais centrados na dignidade humana.³⁰

É tarefa do Estado, da comunidade e dos particulares a proteção da dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais. Neste contexto, não há dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividade estatais encontram-se vinculados a este princípio, impondo-se-lhes o dever de respeito e proteção, além da tarefa de abster-se de ingerências contrárias à dignidade, sejam oriundas de particulares ou dos demais poderes sociais.

Portanto o Estado se encontra não só autorizado como obrigado a intervir em face do ato de pessoas que, mesmo voluntariamente, atentem contra sua própria dignidade, em virtude de esta garantia ter cunho irrenunciável.³¹

Inclusive, tem fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ou seja, no âmbito do direito privado, entendimento que vem sido constantemente aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, que em 2005 já decidiu nesse sentido³².

Christiano Cassetari destaca, a respeito desse julgado, que por esse entendimento restou reconhecido que o estatuto das liberdades públicas não se restringe à relação entre o Estado e o indivíduo, mas incide também sobre as

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97.

³⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.77.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 129.

³² “Sociedade civil – União Brasileira de Compositores – Exclusão de sócio – Alegado descumprimento de resoluções da sociedade e propositura de ações que acarretam prejuízos morais e financeiros à entidade – Direito constitucional de ampla defesa desrespeitado. Antes de concluir pela punição, a comissão especial tinha de dar oportunidade ao sócio de se defender e realizar possíveis provas em seu favor. Infringência ao art. 5º, LV, da CF. Punição anulada. Pedido de reintegração procedente. Recurso desprovido.” (STF, 2ª. T., RE 201.218-8/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, j. 11.10.2005)

relações que se processam sob a regulação do direito privado, numa perspectiva de ordem estritamente horizontal.³³

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Paulo Bonavides estabeleceu dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais: o primeiro considera direitos fundamentais todos os direitos e garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional; e o segundo, aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança.³⁴ Do ponto de vista material, os direitos fundamentais variam de acordo com a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Assim são, na essência, os direitos do homem livre e isolado, que os possui em face do Estado.³⁵

A partir desse pensamento, com fundamento em Alexy, pode-se estabelecer uma dupla função, ou dupla estrutura dos direitos fundamentais, os quais podem ser considerados tanto como regras, quando não dependem de ponderação em relação a outra norma, ou como princípios, diante das cláusulas restritivas genéricas que se lhes inserem³⁶.

Quanto ao histórico, levando em conta os ciclos que são inerentes aos direitos fundamentais, é possível condensá-los em algumas etapas de consolidação: a) pré-histórica, que se estende até o século XVI; b) intermediária, ligada ao período do jusnaturalismo e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) constitucionalização, fase que se inicia em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.³⁷

As principais características relacionadas aos direitos fundamentais referem-se ao caráter de: a) historicidade, na qual encontraremos uma cadeia

³³ CASSETARI, Christiano. **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.37.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, p. 515.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, p. 515.

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.54.

³⁷ CAMARGO, Daniel Marques de. **Os direitos fundamentais**. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/180507.pdf>. Acesso em 11/09/2012

evolutiva, no pico do qual eles se situam; b) universalidade, pois destinados a todos os seres humanos indistintamente; c) individualidade, que está relacionada ao fato de que cada pessoa é um ente perfeito e completo; d) limitabilidade, pelo fato de existir uma contraposição de direitos fundamentais que deve ser resolvida à luz do caso concreto; e) concorrência, pois podem ser acumulados por um mesmo titular; f) irrenunciabilidade, não sendo possível ao indivíduo deles dispor³⁸.

Também é possível observar, a respeito das gerações ou evolução dos direitos fundamentais, que elas foram baseadas na tríade “liberdade, igualdade e fraternidade”, apresentando: a) os direitos fundamentais de primeira geração, equivalentes aos direitos civis e políticos, ou individuais e políticos, fundamentados na liberdade e que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) de segunda geração, à qual equivalem os direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade e impulsionados pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; e c) de terceira geração, relativos aos direitos de solidariedade, direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, com fundamento na fraternidade e que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.³⁹ Alguns autores apresentam ainda os direitos fundamentais de quarta geração, os quais corresponderiam aos denominados direitos à democracia, à informação, ao pluralismo, ao direito de ser diferente, à biotecnologia, à bioengenharia, entre outros.⁴⁰

Importa situarmos os direitos fundamentais em um nível pragmático, ou seja, em um plano onde se pretende verificar sua inserção na realidade cotidiana, o modo e o alcance de sua efetividade, ou eficácia. Trata-se, da qualidade da norma de produzir efeitos jurídicos, em maior ou menor grau, ao regular as situações, relações e comportamentos nela indicados.⁴¹

³⁸ CAMARGO, Daniel Marques de. **Os direitos fundamentais**. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/180507.pdf>. Acesso em 11/09/2012

³⁹ SILVA JUNIOR, Nilson Nunes. **A primeira dimensão dos direitos fundamentais**. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6741&revista_caderno=9 Acesso em 11/09/2012.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, p. 524.

⁴¹ DOBROWOLSKI, Samanta Chantal. **Aspectos gerais da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais**. p. 41. Disponível em <http://www.journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15415/13988>. Acesso em 11/09/2012

Para Gilmar Mendes, os direitos fundamentais são direitos subjetivos – enquanto outorgam aos titulares a possibilidade de impor seus interesses em face dos órgãos estatais – e, ao mesmo tempo, elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, pois formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático.⁴² Desse raciocínio decorre a tese de multifuncionalidade dos direitos fundamentais, segundo a qual, do ponto de vista Constitucional, além de direitos subjetivos e elementos fundamentais eles se consubstanciam também em valores objetivos básicos e metas de ação positiva dos poderes públicos.

Exatamente essa dimensão que importa considerar neste estudo e, a partir dessa premissa, pode-se apontar uma classificação calcada no critério da função preponderante das normas que os veiculam, em direitos de defesa (valores objetivos básicos) e direitos a prestações (metas de ação positiva dos poderes públicos).

Os direitos de defesa, usualmente denominados de primeira geração ou direitos negativos, são os que garantem o indivíduo, em sua esfera privada, contra indevidas ingerências do Estado. Reclamam, nesta condição, uma abstenção (ou seja, uma conduta omissiva) por parte do destinatário [...]. Nesta medida, objetivam basicamente limitar e conter os poderes estatais, a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade, que só poderá ser atingida em determinadas hipóteses e sob certas circunstâncias excepcionais. Através deles, outorga-se ao indivíduo direitos subjetivos que lhe permite evitar ingerências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou eliminar as agressões que esteja sofrendo em sua autonomia pessoal.⁴³

Assim, são direitos de defesa, dentre outros, os relacionados com a liberdade, a igualdade, as garantias institucionais, os direitos políticos e, inclusive, aqueles direitos sociais (ou liberdades sociais) que têm função defensiva e cuja estrutura normativa reclama abstenção, dispensando alocação de recursos ou integração normativa.⁴⁴

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol.2, n. 13, junho/1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em 11/09/2012.

⁴³ DOBROWOLSKI, Samanta Chantal. **Aspectos gerais da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais**. p. 42. Disponível em <http://www.journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15415/13988>. Acesso em 11/09/2012

⁴⁴ DOBROWOLSKI, Samanta Chantal. **Aspectos gerais da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais**. p. 42. Disponível em <http://www.journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15415/13988>. Acesso em 11/09/2012

Os direitos a prestações, por sua vez, dependem de uma conduta positiva por parte do destinatário – geralmente o Estado – e definem fins e tarefas ou impõem obrigações legiferantes. Geralmente constituídos pelos chamados direitos fundamentais de segunda geração – econômicos, sociais e culturais – objetivam garantir, além da liberdade individual perante o Estado, a efetivação da liberdade por intermédio do Estado. São exemplos, o direito à assistência judiciária integral e gratuita, assistência social, saúde, educação, ou uma subvenção material de outra ordem, ou ainda a possibilidade de acesso e uso de bens e recursos públicos, como água e luz⁴⁵.

A partir desta perspectiva, percebe-se que a atuação do notário pode refletir tanto a eficácia dos direitos fundamentais de defesa ou proteção, quando da atuação notarial propriamente dita – de assessoramento ou conselho como por meio da dação de fé – quanto os de prestação – pelo exercício da função pública delegada pelo Estado. Verifica-se esta evidência pela análise específica a ser desenvolvida sobre os direitos fundamentais mais incidentes na atuação notarial, ainda que alguns deles também sejam reconhecidos como princípios fundamentais.

1.4 OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.4.1 Igualdade

A igualdade foi tratada por Platão, que a idealizou na “República”, e por Aristóteles, que a pregou em conjunto com a escravidão. Para ambos, porém, a igualdade estava ligada à ideia de justiça. Deste pensamento clássico derivou a noção sintetizada por Rui Barbosa, de que a igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam.⁴⁶

Tratada como princípio fundamental e estruturante de nosso sistema jurídico, a igualdade serve de base interpretativa para todas as demais normas contidas na Constituição. O princípio da igualdade é considerado um dos pilares da

⁴⁵ DOBROWOLSKI, Samanta Chantal. **Aspectos gerais da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais**. p. 48. Disponível em <http://www.journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15415/13988>. Acesso em 11/09/2012

⁴⁶ BARBOSA, RUI. **Oração aos moços** – Obra de domínio público. Disponível em <http://www.cultura.brasil.pro.br/aosmoccos.htm>. Acesso em 12/09/2012.

manifestação do poder constituinte originário, pois em todo texto da Carta Constitucional tem-se referência (mesmo que indiretamente) a ele, não se limitando ao disposto no artigo quinto da Carta Magna⁴⁷.

Por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimementosas para os atingidos.⁴⁸

Por outro lado, existem dois importantes aspectos a considerar no tocante ao princípio ou direito fundamental de igualdade, os quais dizem respeito à igualdade formal e à igualdade material.

O princípio da igualdade formal consiste na vedação às autoridades estatais de negarem direito vigente em favor ou à custa de alguém. Refere-se ao Estado visto sob sua ótica formal, ou seja, reflete a preocupação em gerar um comando legal de tratamento igualitário, sem aferições sobre qualidades ou atributos pessoais dos destinatários da norma. Resulta da perspectiva política do Estado de Direito, no sentido da lei igual para todos. Assim, todos são iguais perante a lei como forma de garantia dos direitos fundamentais estabelecidos por este Estado legal.⁴⁹

E a respeito da igualdade material, a Carta Constitucional, mais do que declarar a igualdade, deve considerar a proibição da utilização de critérios diferenciadores, vetando expressamente toda forma de discriminação. Assim estabelece o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, no sentido de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁵⁰ Portanto o princípio da igualdade constitucionalmente informa o sistema para a busca da igualdade material, ou seja,

⁴⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

⁴⁸ BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 18

⁴⁹ SOUZA. Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material**. p. 68. Disponível em <http://coralx.ufsm.br/afirme/LEITURA/diantelei/dl01.pdf>. Acesso em 12/09/2012.

⁵⁰ SOUZA. Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material**. p. 71. Disponível em <http://coralx.ufsm.br/afirme/LEITURA/diantelei/dl01.pdf>. Acesso em 12/09/2012.

da promoção da isonomia no contexto da diferença – indo muito além da mera proibição da discriminação, que já se tem por pressuposta e está arraigada historicamente no Brasil.⁵¹

Se já na época clássica existiam duas formas de igualdade, a absoluta e a relativa, analisando à luz dos conceitos atuais somente a igualdade relativa seria passível de realização. Isso porque, quanto à igualdade absoluta, em virtude das diferenças físicas e sociais, de capacidade intelectual, de preferências e de aptidões que caracterizam os indivíduos da sociedade, nenhuma declaração de direitos poderia anular a desigualdade – sob pena de violar a natureza do ser humano.⁵²

A igualdade relativa é a única que pode tratar de forma igualitária os homens, por considerar as diferenças a eles inerentes. A igualdade absoluta, por outro lado, pode produzir extremadas desigualdades e acirrar o abismo entre os não iguais. Aliás, é exatamente este o ponto de vista de Boaventura Souza Santos, no sentido de que “temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”.⁵³

Partindo-se da premissa de que o tratamento desigual acaba por equiparar situações em que a equiparação era necessária mas não existia, há que se buscar meios de fazer valer, efetivamente, a igualdade entre todos, equiparando os homens no que se refere ao gozo e à fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres, indo além de simplesmente dar tratamento uniforme apenas formalmente, mas uma igualdade real, verdadeira e efetiva perante os bens da vida.⁵⁴

Atua, portanto, o princípio ou direito fundamental da igualdade, fundamentando e orientando os meios de proteção do Estado para assegurar aos indivíduos as mesmas condições, seja no que diz respeito à igualdade formal seja em relação à igualdade material.

⁵¹ SOUZA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material**. p. 72. Disponível em <http://coralx.ufsm.br/afirme/LEITURA/diantelei/dl01.pdf>. Acesso em 12/09/2012.

⁵² SOUZA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material**. p. 72. Disponível em <http://coralx.ufsm.br/afirme/LEITURA/diantelei/dl01.pdf>. Acesso em 12/09/2012.

⁵³ SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. Coleção para um novo senso comum. V.4. São Paulo: Cortez, 2006, p. 313.

⁵⁴ SOUZA, Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material**. p. 77. Disponível em <http://coralx.ufsm.br/afirme/LEITURA/diantelei/dl01.pdf>. Acesso em 12/09/2012.

1.4.2 Segurança jurídica

Mesmo que se saiba que não há nada imutável, é certo que o clamor das pessoas por segurança, em sentido amplo, e por certa estabilidade nas relações jurídicas constitui um valor fundamental de qualquer Estado de Direito.⁵⁵ Na Constituição Federal de 1988, um direito geral à segurança e algumas referências específicas à segurança jurídica foram expressamente previstas no artigo 5º, assim como em outros dispositivos da nossa Lei Fundamental.⁵⁶

Ainda que diversas sejam as concepções a respeito do significado e alcance da proteção à segurança, consideremos para este enfoque que tratamos da segurança jurídica, ou seja, da proteção da confiança do indivíduo na própria ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente.

Judith Martins Costa, em trabalho específico sobre a ressignificação do princípio da segurança jurídica, analisou diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, onde encontrou múltiplos focos de significações para o princípio da segurança jurídica. Este princípio fundamenta, segundo a autora, diversos institutos jurídicos, no ementário analisado, como a decadência, a prescrição, a preclusão e a intangibilidade da coisa julgada. E também relata que a segurança jurídica é o valor que sustenta os direitos adquiridos e o princípio do respeito ao ato jurídico perfeito; além de estar na base da inalterabilidade de certas situações jurídicas subjetivas por ato unilateral da Administração; e de ser a razão da adstrição às formas processuais e do princípio da irretroatividade da lei quando mais gravosa, entre outros.⁵⁷

Para a autora:

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>. Acesso em 12/09/2012

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>. Acesso em 12/09/2012

⁵⁷ MARTINS COSTA, JUDITH. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos**: a segurança como crédito de confiança. Revista CEJ n. 27, outubro/dezembro 2004, p. 110-120. Brasília-DF. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/641/821>. Acesso em 12/09/2012.

[...] na relação entre tempo e direito, a expressão ‘princípio da segurança jurídica’ marca, como signo pleno de significados que é, o espaço de retenção, de imobilidade, de continuidade, de permanência – valoriza, por exemplo, o fato de o cidadão não ser apanhado de surpresa por modificação ilegítima na linha de conduta da Administração, ou por lei posterior, ou modificação na aparência das formas jurídicas.⁵⁸

E complementa, nessa linha, que o ordenamento jurídico dispõe da segurança jurídica como um dos mecanismos para adaptar à permanência e à estabilidade o que na vida flui e se modifica.⁵⁹

Assim, como Ingo Sarlet, Judith Martins-Costa refere que a segurança jurídica reflete a confiança das pessoas na ordem jurídica, considerada como “regra do jogo” definida antecipadamente para ser respeitada em qualquer época, no presente e no futuro. A autora sinaliza que essa ordem não permitirá modificações suscetíveis de afetar suas decisões importantes de maneira imprevisível.⁶⁰

Aliás, exatamente nessa linha estão as ideias nucleares sobre o princípio da segurança jurídica apontadas por José Joaquim Gomes Canotilho, que se desenvolvem em torno de dois conceitos fundamentais:

(1) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

(2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.⁶¹

⁵⁸ MARTINS COSTA, JUDITH. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos**: a segurança como crédito de confiança. Revista CEJ n. 27, outubro/dezembro 2004, p. 113. Brasília-DF. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/641/821>. Acesso em 12/09/2012.

⁵⁹ MARTINS COSTA, JUDITH. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos**: a segurança como crédito de confiança. Revista CEJ n. 27, outubro/dezembro 2004, p. 113. Brasília-DF. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/641/821>. Acesso em 12/09/2012.

⁶⁰ MARTINS COSTA, JUDITH. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos**: a segurança como crédito de confiança. Revista CEJ n. 27, outubro/dezembro 2004, p. 113. Brasília-DF. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/641/821>. Acesso em 12/09/2012.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7 ed. Coimbra: Almedina, p. 264.

Ricardo Dip, por sua vez, trata da segurança jurídica como firmeza e eficácia das situações jurídicas — sejam elas pessoais e/ou reais —, com os reflexos da paz política e, no plano subjetivo, da confiança comum. A isso se agrega a positividade das regras, sua compreensibilidade, inclusiva da avaliação de constância e efetividade e da disciplina das mudanças.⁶²

O conceito de segurança jurídica, portanto, se ramifica em duas naturezas, uma de cunho objetivo, que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, inclusive legislativos; e outra, de cunho subjetivo, que diz respeito à proteção à confiança das pessoas nos atos, procedimentos e condutas do Estado nos mais diferentes aspectos de sua atuação.⁶³

Nesse sentido, pondera Judith Martins-Costa que existe um apelo cada vez mais frequente à confiança na relação Estado-cidadão, na atividade estatal, na ação voltada à proteção das expectativas legítimas e dos direitos dos cidadãos, principalmente dos direitos fundamentais necessários ao livre desenvolvimento da personalidade humana.⁶⁴

1.5 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A transformação do papel da ordem constitucional atual foi denominada “constitucionalização do direito privado”, cujos fundamentos são calcados no pensamento de que a Constituição não é mais apenas a ordem jurídico-fundamental do Estado, mas tornou-se a ordem jurídico-fundamental da sociedade.⁶⁵

Nutrindo-se o direito privado da força normativa atribuída aos princípios constitucionais, houve a necessidade de reordenar valorativamente o direito civil

⁶² DIP, Ricardo. **Segurança jurídica e crise do mundo pós-moderno**. Disponível em http://www.fadisp.com.br/download/turma_m4/ricardo_dip.pdf. Acesso em 12/09/2012.

⁶³ COUTO E SILVA, Almiro. Revista da Procuradoria Geral do Estado - RPGE. **Cadernos de Direito Público**. Volume 27. N. 57 Supl. Porto Alegre, 2003, p. 36.

⁶⁴ MARTINS COSTA, JUDITH. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos**: a segurança como crédito de confiança. Revista CEJ n. 27, outubro/dezembro 2004, p. 116. Brasília-DF. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/641/821>. Acesso em 12/09/2012.

⁶⁵ FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. **Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil. In TEPELINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (organizadores). **Diálogos sobre direito civil**. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 195.

com o conteúdo axiológico do Direito Constitucional. Isso quer dizer que, concretizado um direito civil imbuído de valores constitucionais superiores, não se pode mais admitir a completa distinção entre aqueles ramos do Direito.⁶⁶

Mudou o direito civil, no qual a autonomia da vontade não é mais dogma e condição de validade. Mudou o Direito Constitucional e sua ótica exclusivamente defensiva em face das ingerências estatais. Ganharam com isso as duas searas, enriquecendo em problematização e complexidade.⁶⁷

Após desenvolver análise sobre a complexidade do relacionamento entre Direito Constitucional e direito privado, Melinda Girardi Fachin e Umberto Paulini apontam três indicativos dos efeitos da constitucionalização do direito privado, os quais bem resumem esse novo paradigma. O primeiro é que não existe caminho único para a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, havendo uma pluralidade de modos que, a depender do caso concreto, serão trazidos à discussão. O segundo é o papel central que a dignidade da pessoa humana ocupa nessa travessia, a qual, na qualidade de núcleo, aglutina o direito civil e o constitucional, potencializando a aplicação dos direitos fundamentais. Por último, faz-se mister a releitura do dogma da autonomia privada à luz da legalidade constitucional, ou seja, somente sob a soberania da dignidade da pessoa humana é que a autonomia privada pode ter efetividade.⁶⁸

Neste contexto, dito pós-positivista, o respeito das normas inferiores à Constituição não é examinado apenas sob o ponto de vista formal, a partir do procedimento de sua criação, mas com base em sua correspondência substancial aos valores que, incorporados ao texto constitucional, passam a conformar todo o sistema jurídico. Valores que adquirem positividade na medida em que consagrados normativamente sob a forma de princípios. Assim, a solução normativa aos problemas concretos não se pauta mais pela subsunção do fato à regra específica, mas exige do intérprete um

⁶⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato** – novos paradigmas. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 56.

⁶⁷ FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. **Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (organizadores). *Diálogos sobre direito civil*. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 197.

⁶⁸ FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. **Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (organizadores). *Diálogos sobre direito civil*. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 225.

procedimento de avaliação condizente com os diversos princípios jurídicos envolvidos.⁶⁹

A partir desse raciocínio, a Constituição se realiza de forma dinâmica e imperativa no direito privado por meio da aplicação dos princípios, considerados como tais de acordo com a fundamentação desenvolvida por Robert Alexy, para quem os princípios e regras são espécies do gênero norma e, portanto, princípios e regras são normas.⁷⁰

Com a aplicação dos princípios constitucionais ao direito privado, especialmente o da dignidade da pessoa humana, ocorre a despatrimonialização, entendida como sendo um fenômeno que se manifesta sobre dois aspectos fundamentais: a) na subordinação institucional dos mecanismos patrimoniais perante a pessoa humana e b) na atuação do personalismo como fator de correção dos desvios que leva em conta apenas o ponto de vista econômico.⁷¹

Pietro Perlingieri defende que a despatrimonialização deve analisar o ordenamento a partir das relações jurídicas, sendo estas o centro do direito civil.

Na maioria das vezes, a atenção detém-se nas situações individualmente consideradas, independentemente de suas relações, enquanto que seria necessário não se limitar à análise de cada direito e obrigação, mas, sim, examinar as suas correlações. Não é suficiente aprofundar o poder

⁶⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 – p. 234 - jul/dez 2006. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf. Acesso em 11/09/2012.

⁷⁰ O pós-positivismo, que serviu de cenário para a teoria dos princípios de Robert Alexy, tem uma importância fundamental na consolidação da normatividade dos princípios, considerando-os, assim como as regras, espécies do gênero norma jurídica. O modelo de regras e princípios injetou no ordenamento elementos morais, padrões de justiça, valores, rearticulando-se aspectos vinculados ao direito natural. Regras e princípios, com suas diferenças e peculiaridades, servem para a fundamentação das decisões jurisdicionais, aprimorando a argumentação principiológica, seguindo a trilha ditada pelo pós-positivismo. Uma das maiores contribuições desse movimento foi acoplar ao modelo de regras e princípios o sistema de direitos fundamentais, estabelecendo modos de soluções de conflitos entre estes e limites às suas restrições, de forma a respeitar a aplicabilidade e efetividade máxima que os mesmos exigem na sua concretização. A normatividade dos princípios, nesse diapasão, possui um papel significativo, pois possibilita uma visão ampliada dos casos concretos, proporcionando uma solução mais adequada através de uma metodologia sistematizada. CARVALHO, Nathalie de Paula. **A normatividade dos princípios no pós-positivismo: uma análise à luz da teoria de Robert Alexy**. Disponível em http://www.faf.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/anormatividadedospriincipios.pdf. Acesso em 11/09/2012.

⁷¹ PASTRE, Daniel Fernando. **Efeitos da constitucionalização do direito privado na interpretação dos contratos: Análise doutrinária e jurisprudencial**. Disponível em <http://www.cmp.adv.br/admin/uploads/3%20EFEITOS%20DA%20CONSTITUCIONALIZA%C3%87%C3%83O%20DO%20DIREITO%20PRIVADO%20NA%20INTERPRETA%C3%87%C3%83O%20DOS%20CONTRATOS%2001%2007%2011.pdf>. Acesso em 17/09/2012

atribuído a um sujeito se não se compreendem ao mesmo tempo os deveres, as obrigações, os interesses dos outros. Em uma visão conforme os princípios da solidariedade social, o conceito de relação representa a superação da tendência que exaure a construção dos institutos em termos exclusivos de atribuição de direitos.⁷²

Segundo esse raciocínio, o núcleo das relações jurídicas é constituído por situações jurídicas subjetivas, que encontram a sua origem em um fato, voluntário ou natural, juridicamente relevante e, por consequência, a situação constitui uma regra que pode significar o poder às vezes de realizar, outras de não realizar determinados atos ou atividades.⁷³

Para ele, o interesse é tutelado se e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da comunidade. Portanto as situações jurídicas devem sofrer uma limitação pelas cláusulas gerais e, especialmente por aquelas de ordem pública, de lealdade, de diligência e de boa-fé.⁷⁴

A partir disso, extraem-se do pensamento de Perlingieri pelo menos duas fontes das relações jurídicas: as situações subjetivas de caráter existencial e as situações subjetivas de caráter patrimonial. Estamos falando de situações jurídicas existenciais nas relações jurídicas quando o objeto de tutela é a pessoa, que constitui ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. É onde encontramos a personalidade na base aberta de situações existenciais nas quais tutelado é o valor da pessoa sem limites.⁷⁵

Ao tratar das situações subjetivas de caráter patrimonial, Pietro Perlingieri explica que nelas estão inseridas tanto as situações reais, como as situações obrigacionais ou de crédito, sendo possível ainda encontrar situações mistas que têm caráter típico dos direitos reais e das relações obrigacionais.

A noção de situação real deriva da relação não só de dependência, mas também de inerência, entre o direito e o seu objeto, entre a situação e a coisa: a situação real é aquela que grava uma *res* determinada,

⁷² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 113

⁷³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 122

⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 122

²²³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 122

específica. A situação creditória não tendo uma relação de inerência ou de imanência com uma *res*, se realiza mediante o adimplemento e o alcance do resultado. Característica saliente é o comportamento devido: a prestação. Na situação dita real a utilidade e o alcance do resultado útil para o titular se identifica na relação de imediatidade entre situação e utilidade oferecida pela *res* [...], na situação dita creditória o interesse a favor do titular se realiza, exclusivamente mediante a atividade, o comportamento do sujeito obrigado.⁷⁶

A partir dessa estrutura, a eficácia plena das normas e princípios constitucionais no direito privado são melhor especificadas e podem ser melhor analisadas em relação aos principais institutos de direito civil⁷⁷, dos quais trataremos na sequência. Apresentaremos, em primeiro plano, segundo a visão de Pietro Perlingieri, as situações subjetivas de caráter existencial, traduzidas pelos direitos da personalidade, família e a proteção do idoso, da criança e do adolescente. Após, faremos breve análise das situações subjetivas de caráter patrimonial, incluindo contratos e o instituto da propriedade privada.

1.5.1 Personalidade

Em primeiro plano, considere-se que os direitos da personalidade, ou direitos de personalidade, são espécies de direitos fundamentais, limitando-se os direitos da personalidade aos termos relacionados à integridade física e moral da pessoa humana – especialmente nome, privacidade, intimidade e honra. Dessa forma, os direitos da personalidade apresentam as mesmas características intrínsecas e submetem-se aos mesmos princípios aplicados aos direitos fundamentais.⁷⁸

Divisam-se, assim, de um lado, os “direitos do homem” ou “direitos fundamentais” da pessoa natural, como objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado. [...] De outro lado, consideram-se “direitos da personalidade” os mesmos direitos, mas

⁷⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2^a. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 203

⁷⁷ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. In FARIAS, Cristiano Chaves de. (org.) Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto. 2^a.ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 30.

⁷⁸ HERMIDA, Denis Domingues. **Direitos de personalidade e direitos fundamentais no contexto da relação de emprego**. Disponível em <http://denishermida.dominiotemporario.com/doc/Personalidadepdf.pdf>. Acesso em 15/09/2012

sob o angulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens.⁷⁹

Os direitos da personalidade surgiram na linha aberta pelos oitocentistas direitos do Homem, mas tiveram dificuldades de serem acolhidos imediatamente pelo direito privado e foram se impondo progressivamente no século XX, tendo seu ponto mais alto na segunda metade do século, dentro do humanismo personalista que se expandiu por sobre as ruínas da guerra.⁸⁰

Positivistas e naturalistas têm diferentes concepções sobre os direitos da personalidade. Para os positivistas, constituem direitos cuja ausência torna a personalidade uma suscetibilidade completamente irrealizável, sem valor concreto: todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo e a pessoa não existiria como tal. São, pois, direitos essenciais, que formam a medula da personalidade.⁸¹ Carlos Bittar diz que para os naturalistas os direitos da personalidade correspondem às faculdades normalmente exercitadas pelo homem e concorda com a posição destes, entendendo que:

[...] os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta – cabendo ao Estado apenas reconhece-los e sanciona-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária – e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares.⁸²

Os direitos da personalidade existem independentemente do direito positivo, que apenas lhes asseguram maior proteção e eficácia, não se confundindo, pois, a existência do direito com o seu exercício. Devem ser entendidos como abrangentes dos próprios direitos da pessoa em si, por sua natureza como ente

⁷⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 23.

⁸⁰ ASCENSAO, José de Oliveira. **Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade**. Revista Mestrado em Direito Osasco, Ano 6, n.1, 2006, p. 153. Disponível em <http://132.248.9.1:8991/hevila/Revistamestradoemdireito/2006/vol6/no1/7.pdf>. Acesso em 15/09/2012.

⁸¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 6.

⁸² BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 7.

humano, e dos referentes às projeções dos indivíduos para o mundo exterior, como ente moral e social.⁸³

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem, necessariamente, a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido⁸⁴. Os direitos da personalidade, assim, possuem características próprias, e são, de início, inatos, intransmissíveis e indispensáveis – restringindo-se à pessoa do titular e manifestando-se desde o nascimento.⁸⁵ ⁸⁶ A exceção à irrenunciabilidade são os atos de autonomia privada (contrato), pelos quais é possível cessão temporária do exercício de determinados direitos da personalidade.⁸⁷

⁸³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 10.

⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 155.

⁸⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 10.

⁸⁶ Código Civil. Art. 2. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁸⁷ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

São também direitos absolutos enquanto considerados como oponíveis *erga omnes*; e limitados, quando em confronto com outros cuja solução passa pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Da mesma forma, são imprescritíveis, pois o direito subjetivo é o poder de exigir um comportamento ou abstenção contra todos em potencial – e tal poder é imprescritível. Mas, a partir de sua violação, nasce a pretensão de fundo patrimonial contra quem violou e pode-se exigir a reparação do dano moral – que prescreve em 03 anos.⁸⁸

Ainda que não se possa tipificá-los, como já referido no pensamento de Pietro Perlingieri⁸⁹, podem-se categorizar os direitos da personalidade, de acordo com a natureza dos bens integrantes, em: direitos físicos, relativos a componentes materiais da estrutura humana (integridade corporal); direitos psíquicos, que dizem respeito a elementos intrínsecos à personalidade; e direitos morais, respeitantes a atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa na sociedade (identidade, honra, manifestações do intelecto).⁹⁰

Dentre os mais significativos, salientando, mais uma vez que a enumeração não esgota o rol dos direitos da personalidade, temos: o direito à vida, à integridade física, ao corpo, às partes separadas do corpo, ao cadáver, à imagem, à voz, à intimidade, à integridade psíquica, ao segredo, à identidade, à honra, ao respeito, às criações intelectuais, entre outros.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma
⁸⁸ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Art. 206. Prescreve:

[...]§ 3º Em três anos:

[...] V - a pretensão de reparação civil;

⁸⁹ Esta perspectiva exaure a relevância de tais direitos no aspecto patrimonial, no ressarcimento dos danos. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 226.

⁹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 17

1.5.2 Família

É certo que a proteção da família ganhou novos contornos e que, tratada essa proteção como um direito fundamental ou analisada sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana, merece a família, ou o direito das famílias, destaque no presente estudo. O princípio da dignidade da pessoa humana, no que se refere ao direito de família, engloba a efetiva busca do indivíduo por realização como membro de um núcleo de afeto, no qual encontra calor humano, abrigo e proteção, e no qual é respeitada sua condição, seja de criança, mulher ou de homem.⁹¹

Os fundamentos jurídicos da família tradicional, como a exclusividade de proteção do casamento em detrimento das demais modalidades de união afetiva, por exemplo, restaram destroçados e, além da dignidade da pessoa humana, outros princípios constitucionais merecem destaque na nova concepção de família. Entre eles, os princípios da solidariedade familiar, da igualdade (entre filhos, entre cônjuges e companheiros e na chefia familiar), da não intervenção ou da liberdade, do melhor interesse da criança, da afetividade e da função social da família, entre outros.

Quanto à solidariedade, reconhecida como princípio fundamental da República Federativa do Brasil⁹², por razões óbvias acaba repercutindo nas relações familiares. Segundo Flavio Tartuce, a solidariedade deve ser entendida não apenas em seu aspecto patrimonial, mas também afetivo e psicológico.

[...] ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (CF 227) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação.⁹³

⁹¹ CHANAN, Guilherme Giacomelli. **As entidades familiares na constituição federal**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 42, ano VIII, jun/jul 2007, p. 42.

⁹² Constituição Federal. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

⁹³ TARTUCE, Flavio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.) Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 41

No que diz respeito à igualdade entre filhos⁹⁴, de acordo com o comando constitucional, todos os filhos são iguais, havidos ou não durante o casamento, repercutindo tanto no campo patrimonial quanto no campo pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei. Da mesma forma, quanto à igualdade entre cônjuges e companheiros⁹⁵, não há mais qualquer distinção decorrente do gênero, aplicando-se esse princípio em relação ao direito a alimentos, ao uso do nome, aos direitos e deveres dos cônjuges, entre outros. Também correlato é o princípio da igualdade na chefia familiar, que importa na despatriarcalização do direito de família, no qual o regime é de companheirismo ou colaboração e não mais de hierarquia, inclusive no que se refere à autoridade parental ou poder familiar.⁹⁶

O princípio da não intervenção ou da liberdade, previsto no Código Civil⁹⁷, está diretamente ligado ao princípio da autonomia privada, e pode ser conceituado como o poder de auto-regular os próprios interesses.⁹⁸ O sentido do texto legal é de que o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir coativamente nas relações de família. Porém poderá o Estado incentivar o controle da natalidade ou ainda o planejamento familiar por meio de políticas públicas, devendo propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos.⁹⁹

⁹⁴ Constituição Federal. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁹⁵ Constituição Federal. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁹⁶ TARTUCE, Flavio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.) Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 44

⁹⁷ Código Civil. Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

⁹⁸ TARTUCE, Flavio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.) Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 45

⁹⁹ TARTUCE, Flavio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.) Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 46

A respeito do princípio da afetividade, pondere-se que o afeto é hoje o principal fundamento das relações familiares e decorre da valorização constante da dignidade humana.¹⁰⁰

A questão que se coloca é a possibilidade do direito de família potencializar um maior grau de sensibilidade às novas formas de organização familiares, baseadas em afetividade. Em outras palavras, a questão é como as decisões jurídicas, no contexto do direito de família, podem tornar-se mais sensíveis a essas novas dinâmicas de auto-organização da sociedade contemporânea, substituindo a velha e rígida institucionalização da família na forma de casamento por novas e instáveis institucionalizações da família na forma de laços de pura afetividade.¹⁰¹

Dessa forma, a família atual, do ponto de vista constitucional, é aquela que pode realizar a dignidade da pessoa humana, desenvolvendo a personalidade do indivíduo, impulsionado por um projeto de felicidade, e calcada fundamentalmente no afeto entre seus membros.

Nessa ótica, falar na função social da família é reconhecê-la como uma estrutura básica da sociedade, na medida em que seja capaz de proporcionar um lugar privilegiado para a boa vivência e dignificação de seus membros.¹⁰²

[...] a família existe em razão de seus componentes e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescindível a pessoa humana. Desse modo, [...] a família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.¹⁰³

A partir desse raciocínio, observe-se que a Constituição Federal de 1988, ao dar nova proteção aos núcleos familiares, em seu artigo 226, apresentou-os como sendo aqueles decorrentes do casamento, da união estável e da família monoparental, entre outros modelos, merecendo todos integral proteção do Estado.

¹⁰⁰ TARTUCE, Flavio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.) Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 46

¹⁰¹ ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **O direito de família no contexto de organizações socioafetivas**: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 34, ano VII, fev/mar 2006, p. 13

¹⁰² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. **A função social da família**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 39, ano VIII, dez/jan 2007, p. 157.

¹⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 11

Assim, passou a receber a proteção estatal não somente a família originada do casamento mas qualquer outra manifestação afetiva, formada pela comunidade de qualquer dos pais e seus descendentes, sendo reconhecido o pluralismo das entidades familiares.¹⁰⁴

Nesse ponto, no que se refere à proteção constitucional das famílias homoafetivas, destaca-se que se a família passou a servir como elemento de afirmação da cidadania. Assim, como não se podem excluir do âmbito de proteção quaisquer pessoas humanas, cuja dignidade está resguardada por preceito constitucional, também as famílias constituídas por união homoafetiva são reconhecidas como núcleos familiares e merecedoras de especial proteção do Estado.¹⁰⁵

1.5.3 Idoso, criança e adolescente

A Constituição Federal atribuiu à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar os idosos, assistindo-lhes preferencialmente em seus lares, assegurando-lhes a participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e direito à vida.¹⁰⁶

No capítulo que trata da seguridade social na Constituição, encontra-se como risco a ser protegido pelo sistema previdenciário brasileiro a idade avançada.¹⁰⁷ Da mesma forma, há uma série de leis esparsas que versam sobre o tema da dignidade da pessoa humana, entre elas o Estatuto do Idoso, o qual veio para concretizar o disposto na Constituição Federal.

¹⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 38

¹⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 54

¹⁰⁶ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

¹⁰⁷ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

Em verdade, a efetividade das normas protectivas dos direitos dos idosos e do próprio princípio da dignidade da pessoa humana são um processo, pois a simples elaboração de textos legais, mesmo que contemplem todos os direitos, não é suficiente para que o ideário que os inspirou introduza-se efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político, jurídico, econômico, cultural e social de seus integrantes.¹⁰⁸

O Estatuto do Idoso foi aprovado através da Lei n. 10.741, de 2 de outubro de 2003, passando a garantir direitos capazes de melhorar a qualidade de vida das pessoas com mais de sessenta anos. Dentre as mudanças presentes no Estatuto do Idoso, nota-se o predomínio de disposições concretizadoras de direitos sociais à população idosa, voltadas, por exemplo, à saúde, previdência e assistência social, renda mínima, educação, trabalho e moradia.

Com seus 118 artigos, tal norma compreende cinco tópicos: a) direitos fundamentais definidos na Constituição Federal; b) medidas de proteção ao idoso em estado de risco pessoal ou social; c) política de atendimento por meio da regulação e do controle das entidades de atendimento ao idoso; d) acesso à Justiça, com a determinação de prioridade e acompanhamento do Ministério Público na defesa do idoso; e) crimes em espécie, instituindo novos tipos penais, bem como previsão de aumento de pena em alguns crimes em que a vítima é pessoa idosa.

Quanto ao direito do idoso de participar das relações sociais e negociais, defende Pietro Perlingieri que a idade não pode ser um aspecto incidente sobre o *status personae*. A idade, não importando se menor, madura ou senil, não deve ter influência, por si só, sobre a aptidão à titularidade das situações subjetivas.¹⁰⁹ O seu exercício pode ser limitado ou em parte excluído, mas deve ter como fundamento a correlação, a ser avaliada, entre a natureza do interesse no qual se substancia a concreta situação e a capacidade intelectual e volitiva do agente.¹¹⁰

É expressão de garantia o princípio pelo qual somente quando as faculdades intelectivas forem gravemente comprometidas poderá, realmente, justificar-se a introdução de limites ao direito do idoso, de

¹⁰⁸ SANTIN, Janaina Rigo. **O Estatuto do idoso**: Inovações no reconhecimento da dignidade na velhice. Disponível em <http://www.fag.edu.br/professores/gspreussler/Direitos%20Humanos/Estatuto%20do%20Idoso%20e%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em 16/09/2012

¹⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 167

¹¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 167

concluir negócios; ainda mais que se considera necessária uma verificação direta e não presumida, dessas eventuais incapacidades.¹¹¹

Sozinho, o decurso do tempo não deve incidir automaticamente em sentido negativo sobre as normais capacidades naturais, tomando-se o cuidado de revisar as legislações que têm a pretensão de aparecer como protetivas do interesse do idoso.¹¹²

É necessário considerar as complexas vicissitudes da pessoa, consciente do fato que não é suficiente o estudo somente da capacidade de exercício ou somente das vicissitudes da vida (perfil estático e perfil dinâmico, subjetivo e fático). A inexistência de problemas relativos à capacidade negocial do idoso não implica a inexistência de problemas ligados ao idoso como portador de interesses, caso a caso, especiais e merecedores de proteção e de promoção.¹¹³

No que diz respeito à criança e ao adolescente e o poder familiar, apoia-se a doutrina moderna também no caráter existencial, nos termos da doutrina da proteção integral, prevista na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, independente de ter ou não patrimônio, a pessoa passou a ter relevância ímpar para a ordem jurídica, a partir do momento em que sua dignidade deve ser preservada e promovida. Importa a sua realização em sua ontologia, de modo que tenha sua personalidade exaltada. Em função da pessoa, qualquer instituição merece ser sacrificada, uma vez que ela passou a ter caráter meramente instrumental. Não mais tem vida própria. [...] Por isso, na autoridade parental é mais relevante sua função educativa do que a de administração patrimonial. Sobressai, desta forma, sua função existencial, visto que se configura em ofício cujo escopo é a promoção das potencialidades criativas dos filhos.¹¹⁴

A valorização da vontade da pessoa em desenvolvimento é reconhecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que aponta, em várias situações, a necessidade de sua oitiva e consentimento, ressaltando que criança e adolescente têm direito fundamental à liberdade e à dignidade – que abrange inclusive, a

¹¹¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 167

¹¹² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 169

¹¹³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 168

¹¹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; **Autoridade parental**. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO: Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, Capítulo 10, p. 254

liberdade de expressão e opinião. Nesse ponto, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, assegura à criança capaz de discernir e de formular a própria opinião o direito de expressá-la livremente, no que tange a assuntos que lhe são relacionados.¹¹⁵

Na medida em que o discernimento da criança ou adolescente seja verificado, com maior ou menor amplitude, e reconhecendo na situação concreta o interesse existencial do desenvolvimento de sua personalidade, não deve o poder de representação legal dos pais, decorrente do poder familiar, ser imposto de forma a anular a sua individualidade, a sua vontade, o caráter existencial de sua personalidade.¹¹⁶

A autoridade parental deve, portanto, ser vista no contexto de um processo educacional, cuja intensidade será inversamente proporcional ao grau de maturidade do filho, para que suas escolhas possam ser respeitadas pelos pais, através de um processo dialógico que contribua para a construção da dignidade e da personalidade do filho.¹¹⁷

Para Hironaka, o limite de atuação decorrente do poder familiar deve considerar o seguinte entendimento:

Assim, na definição do direito equivalente, ou seja, do que está em poder do pai ou dos pais para arbitrar a respeito dos filhos, há uma tendência nesse pensamento moderno a desenvolver a ideia de que podem fazer o que não prejudicar a finalidade original da relação de família. Ou seja, os pais podem fazer o que quiserem com os filhos e com seus bens, desde que não signifique isso uma diminuição de segurança dos próprios filhos. Ao contrário, o que cabe aos pais em termos de segurança dos filhos é justamente a sua formação em conjunto com a preservação de seus bens. Isso quando não significa, como em Locke, que a própria formação envolve ensinar aos filhos a preservar os próprios bens. A extensão dessa autoridade dos pais equivale, portanto, a considerar que a autoridade continua enquanto continua o processo de formação dos filhos. A partir do momento em que os filhos já são dotados de experiência suficiente para se manterem sozinhos em suas próprias vidas, cessa concretamente a missão original e natural dos pais com

¹¹⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; **Autoridade parental**. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO: Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, Capítulo 10, p. 269

¹¹⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; **Autoridade parental**. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO: Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, Capítulo 10, p. 271

¹¹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; **Autoridade parental**. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO: Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, Capítulo 10, p. 273

respeito à sua formação e, também, com respeito à tutela dos seus bens.¹¹⁸

Nesse sentido, a autoridade dos pais deve reduzir-se a um único princípio – sua potência, ou sua responsabilidade, para garantir segurança aos filhos. Assim, o poder paterno não desaparece, mas se torna uma atividade voltada para o benefício do menor e, portanto, para um benefício que é público e não privado.

Quando a autoridade parental se apresenta como formadora e protetora, a criança se vê segura, o que contribui muito mais para o seu processo de desenvolvimento do que uma atitude castradora ou opressora, pois, neste caso, o que ela vê nos responsáveis não é a figura de protetores, mas de seus inimigos mais diretos.¹¹⁹

1.5.4 Contratos

Para Serpa Lopes, no estudo da evolução do contrato, merece destaque o período histórico relativo ao predomínio da ideia de autonomia da vontade. O autor aponta que, na teoria clássica, todo o edifício do contrato foi construído sobre a vontade individual, que é a razão de ser da força obrigatória.¹²⁰ Segundo esse entendimento, as partes não se vinculam senão porque assim o quiseram, segundo o princípio de que toda obrigação para ser sancionada pelo direito, deve ser livremente consentida; mas, ao contrário, toda obrigação livremente assumida deve ser sancionada pelo direito.¹²¹

Pondera ainda que a autonomia da vontade, do ponto de vista filosófico, origina-se da concepção laica do direito e, do ponto de vista econômico, liga-se ao

¹¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial**. JusNavigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. p. 02 Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4192/responsabilidade-civil-na-relacao-paterno-filial>. Acesso em: 13/09/2012

¹¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial**. JusNavigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. p. 02 Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4192/responsabilidade-civil-na-relacao-paterno-filial>. Acesso em 17/09/2012.

¹²⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Fontes das obrigações: contratos. Vol. III. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 33.

¹²¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Fontes das obrigações: contratos. Vol. III. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 33.

liberalismo do *laissez faire, laissez passer*¹²², que parte da ideia de ser o indivíduo o melhor defensor de seu próprio interesse.¹²³ Caio Mário da Silva Pereira, complementa:

Qualquer indivíduo, sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução, contrata. O mundo moderno é o mundo do contrato. [...] É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários.¹²⁴

Até praticamente o início do século XX, as principais características do contrato eram: a) funda-se na autonomia da vontade; b) baseia-se na prevalência da vontade livre, estando as partes em igualdade jurídica; c) rege o princípio da força obrigatória dos contratos, ou seja, as convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram; d) não podem ser revogadas senão por mútuo consenso ou por causas que a lei autorize; e) devem ser executadas de boa-fé.¹²⁵

Já no final do século XIX e no início do século XX, nasceu o chamado Estado Social e, com a incidência do fenômeno da massificação no campo jurídico-contratual, os conceitos da teoria clássica do contrato foram reformulados.¹²⁶

Depois do implemento do Estado Social, com a proteção à parte mais vulnerável nos contratos de massa e com a reação ao desrespeito aos direitos de personalidade, a vontade já não possui o mesmo status no mundo jurídico. O Estado passou a intervir na economia do contrato, permitindo a modificação de suas cláusulas, obrigando determinadas pessoas a contratar ou estabelecendo cláusulas.¹²⁷

Para Bruno Naves, a derrocada do voluntarismo veio com a nova hermenêutica, especialmente com os filósofos e psicólogos que trabalharam a

¹²² Laissez-faire é hoje expressão-símbolo do liberalismo econômico, na versão mais pura de capitalismo de que o mercado deve funcionar livremente, sem interferência. Esta filosofia tornou-se dominante nos Estados Unidos e nos países ricos da Europa durante o final do século XIX até o início do século XX.

¹²³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Fontes das obrigações: contratos. Vol. III. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 34

¹²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11

¹²⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Fontes das obrigações: contratos. Vol. III. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 34

¹²⁶ MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. **A evolução principiológica dos contratos**. R. CEJ, Brasília, n. 24, p. 62-66, jan./mar. 2004. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/600/780>. Acesso em 17/09/2012

¹²⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Notas sobre a função do contrato na história**. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/notas.pdf>. Acesso em 17/09/2012.

compreensão e veem a vontade como expressão culturalmente condicionada. Assim, as pessoas celebram contratos porque são movidas por necessidades e não simplesmente porque desejam.¹²⁸

A partir do intervencionismo do Estado Social, iniciou-se uma crise no campo contratual, pois a teoria clássica já não oferecia resposta para os contratos de massa, já que neles o conteúdo não poderia mais ser previamente discutido, pois era imposto por uma parte ou pela lei. Neste contexto, surge a ideia de função social do contrato, que, embora não esteja expressa na Constituição brasileira atual, é tida como direito fundamental decorrente do princípio da solidariedade, do valor social da livre iniciativa e da função social da propriedade.¹²⁹

Se um contrato for ruim para as partes, também o será, de forma indireta para a sociedade, pois não atende a sua finalidade social. De forma inversa, um contrato que é ruim para a sociedade também o é para as partes contratantes, em regra.¹³⁰

Ensina Humberto Theodoro Junior que, apesar de sua função social, o contrato não pode deixar de ter utilidade específica, ou seja, o acordo de vontade continua sendo “o elemento subjetivo essencial do contrato, sem o qual ele não poderia sequer existir, e que lhe dá sua função primordial nas relações sociais”. O contrato, portanto, deve ser justo, mas sem se afastar de sua utilidade específica.¹³¹

Também impostos pela nova ordem constitucional, os princípios da boa fé objetiva e do equilíbrio econômico do contrato fazem parceria com o da função social. Visa-se, assim, a concretizar o princípio da solidariedade, pelo qual o contrato deixa de ser apenas coisa dos contratantes passando a refletir positiva ou negativamente em relação a terceiros que possam vir a suportar as suas

¹²⁸ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Notas sobre a função do contrato na história**. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/notas.pdf>. Acesso em 17/09/2012.

¹²⁹ PASTRE, Daniel Fernando. **Efeitos da constitucionalização do direito privado na interpretação dos contratos**: Análise doutrinária e jurisprudencial. Disponível em <http://www.cmp.adv.br/admin/uploads/3%20EFEITOS%20DA%20CONSTITUCIONALIZA%C3%87%C3%83O%20DO%20DIREITO%20PRIVADO%20NA%20INTERPRETA%C3%87%C3%83O%20DOS%20CONT%20RATOS%2001%2007%2011.pdf>. Acesso em 17/09/2012

¹³⁰ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2ª. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 249.

¹³¹ THEODORO Junior, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 5.

consequências.¹³²

Pelo princípio da boa-fé objetiva, exige-se das partes do contrato uma conduta correta, encarada de forma objetiva, de acordo com os padrões éticos do meio social e, como toda cláusula geral, remete o intérprete a um padrão de conduta geralmente aceito no tempo e no espaço.¹³³

O princípio da boa-fé despreza a malícia da parte que se valeu de evasivas para criar convenções obscuras ou duvidosas e posteriormente procurar, de forma maliciosa, obter vantagens incomuns em negócio da espécie. Esse tipo de manobra é inócuo, porque o juiz, frente ao contrato, somente aceitará uma interpretação que seja harmônica com as intenções de uma pessoa correta e honesta. O juiz não dará cobertura à astúcia ou à má-fé e interpretará o negócio de modo com que se cumpram as intenções das pessoas corretas.¹³⁴

Para o mesmo autor, a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas entre os contratantes.¹³⁵ O rigor do *pacta sunt servanda* é então afastado para que a relação jurídica possa ser a realização de direitos fundamentais, mais do que simples tradução da vontade das partes.

Além disso, a autonomia privada cede espaço à funcionalização, na medida em que, conforme ensina Pietro Perlingieri:

A autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais. Também o poder de autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro.¹³⁶

É o que ocorre nos chamados direitos do consumidor¹³⁷ onde,

¹³² THEODORO Junior, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15

¹³³ THEODORO Junior, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 20

¹³⁴ THEODORO Junior, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 27

¹³⁵ THEODORO Junior, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 28

¹³⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 277

¹³⁷ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de

basicamente, a teoria contratual consumerista parte da ideia de vulnerabilidade do consumidor e da consequente necessidade de tutelá-lo diante da supremacia do fornecedor. Assim, há necessidade de restabelecer o equilíbrio econômico das partes envolvidas, sem que isso signifique, porém, o afastamento da função clássica do contrato – de proporcionar, com segurança, a circulação das riquezas, atendendo aos interesses de ambas as partes contratantes e assegurada a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência.¹³⁸

1.5.5 Propriedade privada

As discussões a respeito da propriedade privada são tão antigas quanto a própria história da civilização. John Locke, em um desenvolvimento teórico por volta do ano de 1.689 defendeu a propriedade como algo inerente ao homem, sendo o trabalho humano sua principal fonte de legitimidade. A limitação deste direito estaria calcada no aproveitamento integral da produção: a partir do momento em que algo perecesse nas mãos do proprietário, estar-se-ia diante de uma apropriação indevida do quinhão alheio. Para evitar tal circunstância, o proprietário poderia trocar o excedente de sua produção por outros bens que lhe aprouvessem, perecíveis ou não.¹³⁹

Algumas considerações, contudo, fazem-se necessárias para uma contextualização da obra aos dias atuais. Em diversos momentos, Locke argumenta que a apropriação de terras não causaria prejuízos à coletividade na medida em que existiriam infinitas outras de mesma qualidade. Em outras palavras, o autor analisa a natureza e seus recursos como se estes fossem ilimitados. À época, este raciocínio era plenamente aceitável, mas hoje seria absolutamente indefensável.

Miguel Nogueira de Brito, em tese jurídica sobre a justificação da propriedade privada numa democracia constitucional, ensina:

seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

¹³⁸ THEODORO Junior, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 83.

¹³⁹ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

[...] importa em primeiro lugar, ter a clara consciência de que, mesmo admitindo que a propriedade é produto da ordem jurídica infra-constitucional, isso não equivale a admitir que o seja também o alcance e o efeito jurídico do direito fundamental de propriedade. Por outras palavras, importa diferenciar entre o objeto e o efeito do direito fundamental de propriedade, no sentido em que ao legislador cabe certamente determinar o conceito daquele objeto, mas não definir o alcance deste direito. Pode assim dizer-se que se o conteúdo da propriedade resulta da lei, o seu conceito tem de ser encontrado na própria Constituição.¹⁴⁰

E explica que limitar a garantia constitucional da propriedade a uma garantia do valor dos bens equivale a uma consideração meramente capitalista, que não reflete o espírito da nossa Constituição, que pretende justamente favorecer a propriedade e desfavorecer o capitalismo. E continua dizendo que é reconhecida à propriedade uma função pessoal no âmbito da qual ela representa uma garantia de estabilidade perante os outros sujeitos e perante os próprios órgãos públicos.¹⁴¹

É a propriedade do bem em si que é efetivamente garantida e defendida de agressões que liquidariam a sua função de anteparo da liberdade individual.¹⁴² A mesma ideia é também expressivamente adotada pelo Tribunal Constitucional alemão, o qual afirmou que:

[...] a propriedade é um direito fundamental elementar, que tem uma ligação intrínseca com a liberdade pessoal. A ela cabe no conjunto do sistema dos direitos fundamentais a tarefa de assegurar ao titular dos direitos fundamentais um espaço de liberdade na esfera jurídico-patrimonial e, assim, possibilitar-lhe uma formação responsável da vida.¹⁴³

O Tribunal alemão acrescentou ainda que, do ponto de vista da questão de saber quais as faculdades que façam parte da essência do direito de propriedade, importará determinar quais as que são essenciais à realização do Homem como pessoa.¹⁴⁴ Para este tribunal, o que está em causa é assegurar a

¹⁴⁰ BRITO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 843

¹⁴¹ BRITO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 855

¹⁴² BRITO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 855

¹⁴³ BRITO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 856

¹⁴⁴ BRITO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 856

liberdade do proprietário, mantendo sua qualidade como tal e não apenas o valor da sua propriedade.¹⁴⁵

O direito de propriedade protege a destinação de um bem a uma pessoa e, portanto, a garantia constitucional impõe que o Estado proíba aos outros o uso concorrente do mesmo objeto de propriedade, em virtude de que os direitos de propriedade abrem ao indivíduo a possibilidade de personalização conectada com a busca da felicidade.¹⁴⁶

Por fim, para Miguel Nogueira de Brito, a garantia da propriedade assume, em relação aos direitos, liberdades e garantias, três particularidades: em primeiro lugar, a propriedade é uma criação da ordem jurídica, não uma 'dimensão' ou 'parte' da pessoa humana; em segundo lugar, a garantia de direitos de propriedade implica também, sempre, a redução de direitos de outros; por último, esta redução, junto com a complexidade crescente das relações de propriedade nas modernas sociedades, exige a legitimação da definição e limites da propriedade privada através do legislador democraticamente eleito.¹⁴⁷

Os três aspectos mencionados, bem como a necessidade de mediação do legislador que deles diretamente decorre, colocam uma evidente dificuldade à existência de um conceito independente de propriedade constitucional, que sirva de parâmetro às normas do legislador, determinando o conteúdo e limites do direito de propriedade.¹⁴⁸ Partindo dessas premissas, sustenta-se que o direito de propriedade apresenta hoje um caráter dúplice: garantia e acesso e, assim, o exercício do direito de propriedade previsto na Constituição deverá ser protegido na medida em que se mostre capaz de atender aos interesses da coletividade.¹⁴⁹

[...] a propriedade funcionalizada tem como principal consequência o fato de que a disciplina jurídica de um bem não deve levar em conta apenas o

¹⁴⁵ BRITO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 856

¹⁴⁶ BRITO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 856

¹⁴⁷ BRITO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 904

¹⁴⁸ BRITO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 904

¹⁴⁹ MAURO, Roberta. **A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens**. In TEPEDINO, Gustavo; Fachin, Luiz Edson. (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Volume II. São Paulo: Renovar. p. 37.

bem em si mesmo considerado: esta será sempre correlata à função social que a relação de titularidade com o mesmo deverá desempenhar.¹⁵⁰

Sobre a função social da propriedade, Perlingieri ensina que esta não diz respeito exclusivamente aos seus limites, sob pena de representar uma noção somente de tipo negativo, voltado a comprimir os poderes do proprietário. E explica:

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e no pleno desenvolvimento da pessoa [...] o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. [...] Esta [...] torna-se a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito, um critério de ação do legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular.¹⁵¹

E conclui Pietro Perlingieri que a ausência e atuação da função social faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade.¹⁵²

A função social, portanto, é princípio básico que incide no próprio conteúdo do direito de propriedade (usar, gozar, dispor e reivindicar). Em outras palavras, converte-se em um quinto elemento da propriedade. Enquanto os quatro elementos são estáticos, o elemento funcional da propriedade é dinâmico e assume um decisivo papel de controle sobre os demais.¹⁵³

Enfim, o que se relativiza e humaniza é o próprio direito fundamental de propriedade, pois ele é também a fonte produtora de obrigações ao seu titular em favor da coletividade.¹⁵⁴

Analisados os principais institutos do direito civil que sofreram a influência dos valores trazidos pela Constituição Federal de 1988, parte-se para uma breve consideração acerca da atuação notarial, com o objetivo de demonstrar a

¹⁵⁰ MAURO, Roberta. **A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens.** In TEPEDINO, Gustavo; Fachin, Luiz Edson. (org.). *Diálogos sobre direito civil.* Volume II. São Paulo: Renovar. p. 38.

¹⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** Introdução ao direito civil constitucional. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 226.

¹⁵² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** Introdução ao direito civil constitucional. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 229.

¹⁵³ ROSENVALD, NELSON; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos reais.** 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 206.

¹⁵⁴ ROSENVALD, NELSON; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos reais.** 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 210

proximidade existente entre o notário e seu papel de concretizador da nova ordem constitucional.

CAPÍTULO II

ATUAÇÃO NOTARIAL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objetivo deste capítulo é tratar das origens do notariado, bem como descrever a concepção atual que se tem a respeito deste profissional e da função e atividade notariais, com seus respectivos fundamentos.

Também abordaremos, de modo específico, o duplo caráter da atuação notarial, por meio do assessoramento jurídico, visando à prevenção de litígios. Ainda, incluem-se neste capítulo noções sobre dação de fé pública.

2.2 HISTÓRICO E REGIME JURÍDICO NOTARIAL NO BRASIL

2.2.1 Contexto Mundial

O surgimento do notariado foi descrito por João Mendes de Almeida Junior¹⁵⁵ como decorrente do desenvolvimento natural das relações sociais, nas quais o direito se realizava primeiramente por meio de símbolos que declaravam a vontade jurídica e, posteriormente, pela palavra – caso em que os direitos se exercitavam diretamente e em público se realizavam os negócios jurídicos.¹⁵⁶

Desenvolvendo-se ainda mais o contexto social, com o apego do homem à terra e com uma variedade maior e mais complexa de negócios, viu-se a necessidade de comprovar a palavra dada, inicialmente com a participação de testemunhas, porém tornou-se necessário uma prova mais contundente do que a palavra e a memória das testemunhas. Isso fez com que as promessas verbais

¹⁵⁵ As referências históricas específicas que se têm no Brasil a respeito do notário são bastante escassas, porém foram reunidas em texto publicado originalmente em 1897, por João Mendes de Almeida Júnior, intitulado “**Orgãos da Fé Pública**”, in REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO, vol. V, p. 7-114 (1ª parte), e vol. VI, p. 7-113. São Paulo: Espindola, Siqueira & Campos, 1897. Este é tido como o maior resgate histórico já produzido na área e serve de fonte de pesquisa a diversos autores. O texto foi reproduzido integralmente na Revista de Direito Imobiliário, Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 17.

¹⁵⁶ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Orgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 17.

fossem substituídas por documentos escritos, surgindo, então, para escrevê-los, os intermediários, especialistas na arte de caligrafia que mais tarde tornaram-se funcionários públicos com atribuições de dar forma solene aos atos que lavrassem e conferir a fé pública ao documento.¹⁵⁷

A partir de então, várias foram as transformações pelas quais passou a instituição notarial, sempre com a ideia de relatar e perpetuar os fatos, dando forma à vontade das partes, núcleo central dos documentos, para a estabilidade da vida social.

No antigo Oriente, a tarefa cabia ao *scriba*, como decorrência do poder sacerdotal e, em Roma, a figura dos *tabelliones* organizados em ministérios, era a de pessoas livres, dotas e probas, tendo elevado a instituição do notariado à maior dignidade.¹⁵⁸

Porém os atos do *scriba* e dos *tabelliones*, ou *tabellio*, de Roma, eram escritos privados até que o documento fosse submetido, em presença das testemunhas, ao magistrado encarregado de imprimir-lhes o sinal público e dar-lhe caráter de autenticidade¹⁵⁹. Entretanto os juízes, atarefados com os diversos atos nos quais deveriam participar como notários, passaram a delegar essa função aos escrivães, que pouco a pouco foram se tornando peritos e constituíram uma classe independente.¹⁶⁰

Nesse ponto se deu a primeira mudança substancial, pois os *offícios notariais* deixaram de ser ministérios que tratavam de documentos privados pendentes de homologação judicial para tornarem-se uma delegação imediata do poder soberano. A partir de então, os notários passaram a ser os delegados diretos e especiais do governo para tornar executórios os atos e contratos a que as partes devessem ou quisessem imprimir o caráter de autenticidade próprio dos atos de

¹⁵⁷ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 17

¹⁵⁸ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 18.

¹⁵⁹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 18.

¹⁶⁰ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 18.

autoridade pública.¹⁶¹

Em todas as antigas civilizações, a figura do notário foi aparecendo, de forma gradativa, na medida em que as cidades, os negócios e as relações comerciais de modo geral foram crescendo, com algumas características peculiares dependendo da cultura de cada povo. Entre os hebreus, dada a simplicidade de sua organização social, somente muito mais tarde a estipulação verbal deixou de ser suficiente, quando introduziram, quanto aos contratos de compra e venda de imóveis, a imissão na posse como forma de publicizar o negócio. O procedimento era transcrevê-lo no *líber*, em dois exemplares, dos quais um era conservado aberto e outro, fechado e selado. Ambos eram entregues a uma terceira pessoa, para que os guardasse.

Havendo alguma contestação, o exemplar selado fazia prova plena.¹⁶² Neste caso, o ato era lavrado entre as partes, em seguida dobrado na presença das testemunhas, que o assinavam, apenas sobre os espaços em branco que ficavam aparecendo, não conhecendo as cláusulas do negócio. Entretanto sua subscrição no documento atestava, além da identidade das partes, o fato de elas próprias terem apostado o seu sinal no documento.¹⁶³

A partir do ano de 600 a.C., o encargo de receber e selar os atos e contratos competia a uma espécie de notário chamado *scriba*, revestido de caráter sacerdotal. Somente depois do ano de 450 a.C., quando Jerusalém foi se expandindo em grande mercado e centro de negócios, formaram-se as instituições que constituíam o *Talmud*, nas quais inicialmente apenas a presença de testemunhas comprovava o negócio. Posteriormente, passaram a se utilizar do *sofer*, quando necessitavam da presença de um notário para lavrar ou rogar um ato.¹⁶⁴

Já o antigo Egito aparece na história como uma sociedade regularmente

¹⁶¹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 19.

¹⁶² ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 20

¹⁶³ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 20

¹⁶⁴ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 21

organizada, inclusive diante de seu desenvolvimento da arte de escrever. Lá os escritos documentais eram lavrados pelas próprias partes ou por um notário, na presença de cinco testemunhas e cada uma delas transcrevia, por sua mão, o contrato e assinava embaixo dessa transcrição, reproduzindo-se as mesmas disposições tantas vezes quantas fossem as testemunhas.¹⁶⁵

Os contratos de transmissão de propriedade no antigo Egito operavam-se em três atos: o primeiro era o *acto por dinheiro*, isto é, o instrumento do acordo entre comprador e vendedor, designando o objeto, o fato do pagamento integral do preço sem indicar a quantia, a obrigação de entregar os títulos anteriores e de garanti-lo contra a evicção; o segundo era o *acto de juramento*, ato religioso do qual se lavrava o auto; o terceiro era o *acto da imissão na posse*, perante o juiz ou tribunal, no qual o nome do vendedor era substituído pelo do comprador nos livros de cadastros. Dos três atos, o segundo caiu em desuso, restando o ato de aquisição do domínio e o ato da posse, passando a constar do primeiro o valor pago.¹⁶⁶ Segundo Almeida Junior, é da prática egípcia a origem histórica da escritura, do registro e do imposto de transmissão.¹⁶⁷

Quanto aos gregos, a importância dos *mnemons*, cujas atribuições assemelhavam-se as funções notariais, era reconhecida e foi crescendo conforme o desenvolvimento da vida na Grécia. Aristóteles referia-se aos *mnemons*, afirmando que existiam em todos os povos civilizados e que eram necessários para uma cidade bem organizada.¹⁶⁸

Da mesma forma que nas demais civilizações antigas, com a multiplicação das relações e com o surgimento dos vícios, em Roma também nasceu a necessidade de se dar vigor aos contratos em documentos escritos, como forma de guardar a palavra dada. Assim, surgiram diversos oficiais chamados *notarii*, *argentarii*, *tabularii* e *tabelliones*.¹⁶⁹

¹⁶⁵ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 24

¹⁶⁶ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 24.

¹⁶⁷ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 24.

¹⁶⁸ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.28

¹⁶⁹ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.29

Os *notarii* equivaliam aos taquígrafos da atualidade, escreviam de forma muito rápida, baseados em iniciais das palavras ou abreviaturas. Os *argentarii* eram espécie de banqueiros que elaboravam contratos de mútuo, nos empréstimos para particulares. Os *tabularii* eram fiscais encarregados da direção do censo, escrituração e guarda dos registros hipotecários, declarações de nascimento, entre outras atribuições. Já os *tabelliones* tinham a função de lavrar, a pedido das partes, contratos, testamentos e outros negócios privados, intervindo como redatores ou assessores das partes e proporcionando uma eficaz conservação dos documentos, embora não fossem conhecedores do direito.¹⁷⁰

A partir do século VI, a instituição notarial ganhou prestígio, dignidade e importância no Império Bizantino, com a Novela¹⁷¹ XLIV, do Imperador Justiniano, que regulamentou a profissão do tabelião, criando uma corporação colegial; fixando procedimentos para que alguém fosse promovido a essa função, regras para o local onde se instalassem, limitações da delegação; e estabelecendo a proibição de que o tabelião se fizesse substituir em suas funções.¹⁷²

Posteriormente o imperador, consciente da importância do ofício dos tabeliões, determinou que estes fossem peritos em Direito, concedeu-lhes a faculdade de subscrever os atos de seus escreventes, ordenou a sua intervenção nos inventários, estabeleceu que subscrevessem denúncias para interromper a prescrição em lugares que faltassem magistrados e cominou a eles a pena de falsidade aos que redigissem ato de última vontade em desacordo com as declarações do testador (Novelas LXXIII, XLVI e LXVI).¹⁷³

Já na Idade Média, houve um enfraquecimento do notariado, em virtude do sistema feudal e da estrutura econômica da época, a qual impedia a existência de uma instituição notarial significativa, já que o poder era conferido ao senhor

¹⁷⁰ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.30.

¹⁷¹ “[...] O Digesto, o Código e as Instituições constituem o núcleo da Compilação Justiniana, vigorando de acordo com a vontade de Justiniano, como uma única obra, não obstante cada parte tenha sido composta e publicada em épocas diversas. As Novelas, sendo leis posteriores, constituem a sua atualização e têm por conseguinte, preferência relativamente às outras partes, de acordo com o princípio *lex posterior derogat priori*.” OLIVEIRA, Adriane Stoll de. **A codificação do direito**. Jus vigilantibus. Acesso em 17/08/2012 <http://jusvi.com/artigos/1894>

¹⁷² ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 32.

¹⁷³ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 35.

feudal para validar os atos notariais.¹⁷⁴

Entretanto Leonardo Brandelli assevera que a cultura notarial também teve um crescimento importante na Idade Média tendo em vista que a grande diversidade de autoridades políticas medievais, entre elas reis, nobres, papas, bispos etc., criou o costume de que cada uma tivesse seu próprio notário, facultando-se aos particulares a escolha daquele de sua confiança.¹⁷⁵

Pelo sistema vigente na época, os atos notariais medievais faziam prova por si só do negócio jurídico celebrado e os documentos notariais passaram a ter um papel essencial no mundo dos negócios.

Foi a partir do século XIII, com a Escola de Bolonha, que houve o renascimento científico do notariado, ou seja, quando se fixaram, de maneira científica, as bases institucionais do notariado moderno, “[...] sendo aí, ainda, o berço de estudos científicos que redundaram em importante produção legislativa e em muito contribuíram para a conotação atual do notariado, bem como para sua evolução”.¹⁷⁶ A partir de então, a instituição notarial passou a aprimorar-se cada vez mais até tomar as feições atuais, com pequenas diferenças estruturais de acordo com a cultura de cada país.¹⁷⁷

A Revolução Francesa, na igual medida em que contribuiu para a transformação de todo o Direito, afetou profundamente a instituição notarial na França – com a abolição da venalidade e hereditariedade dos ofícios notariais; e extinguindo os notários reais, senhoriais, apostólicos, entre outros, para instituir uma classe única de notários públicos. Esta categoria profissional instituída tinha como atribuição lavrar os atos de sua competência e imprimir-lhes o caráter de autenticidade. Ficou definido ainda que os ofícios somente poderiam ser providos por concurso público, ante o cumprimento dos requisitos de idade mínima de 25 anos e de comprovada prática de 8 anos.¹⁷⁸

Já em Portugal, Afonso III, no ano de 1283, foi o responsável pelo início

¹⁷⁴ MELO JUNIOR, Regnoberto Marques de. **A instituição notarial no direito comparado e no direito brasileiro**. Fortaleza: Casa Jose de Alencar/UFC, 1998. p. 57.

¹⁷⁵ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.33.

¹⁷⁶ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.35.

¹⁷⁷ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.35.

¹⁷⁸ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.39

das reformas do notariado, adotando-se o direito romano e as tendências civilizadoras da Escola de Bolonha, passando o notário a ter caráter oficial, adquirindo a fé pública.¹⁷⁹

Posteriormente, ainda em Portugal, a instituição notarial foi afetada pelas Ordenações Afonsinas, em meados do século XV, pelas Ordenações Manuelinas, em 1521, e pelas Ordenações Filipinas, em 1604, permanecendo mais ou menos inerte até a edição de leis nos anos de 1801, 1808 e 1816. Sofreram novas alterações somente em 1899, por movimento iniciado por tabeliães portugueses. No ano de 1900 estes profissionais passaram a ser considerados funcionários públicos, situação que perdurou até o ano de 2004.¹⁸⁰

2.2.2 Contexto Nacional

Embora o notariado europeu tenha sido elevado posteriormente a uma posição de relevo jurídico, no Brasil manteve-se o notariado herdado de Portugal, seguindo as Ordenações Filipinas, como uma instituição de natureza privada.¹⁸¹

[...] enquanto na América espanhola a legislação acompanhou suas origens, a legislação brasileira por muito tempo manteve-se estática, regida pelas ordenações importadas de Portugal, alheia às transformações e avanços mundiais, inclusive portugueses.¹⁸²

No período histórico em que ocorreram os descobrimentos da América e do Brasil, o tabelião acompanhava as navegações, com papel importante e relevante no registro dos acontecimentos. Exemplo disso é a Carta de Pero Vaz de Caminha, relatando e documentando a descoberta do Brasil, sendo ele hoje considerado o primeiro tabelião a pisar no solo brasileiro, em virtude de ter sido ele, de fato, quem exerceu as funções de notário de modo oficial, narrando para o Rei de Portugal, a descoberta e posse das novas terras.¹⁸³

¹⁷⁹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997. p. 67

¹⁸⁰ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.42

¹⁸¹ BENICIO, Hercules Alexandre da Costa. **Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.43.

¹⁸² BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.64.

¹⁸³ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.47.

Entre os anos de 1534 e 1759, as capitanias hereditárias tinham atribuição de nomear os tabeliães e, posteriormente, a Coroa readquiriu os direitos conferidos aos donatários e eles passaram a ser nomeados pelo Poder Real.¹⁸⁴ O provimento dos cargos era feito por doação, em caráter vitalício, por sucessão *causa mortis*, sendo esta a forma de provimento de todos os cargos públicos na América colonial.

Esse foi o início da primeira, de três grandes fases ou períodos na história da atividade notarial no Brasil e durou até final do século XIX, na qual era possível a venda do cartório, considerado um bem econômico.¹⁸⁵

Inaugurando a segunda fase da história do notariado, em 1827 foi editada uma lei proibindo que os ofícios se transmitissem a título de propriedade e ordenando que fossem conferidos a título de serventia vitalícia, alterando a natureza jurídica dos cartórios – do regime de propriedade para o de serventia vitalícia – embora, até anos muito recentes, a venalidade tenha persistido, de modo dissimulado, assim como a transmissão do cargo de pai para filho.¹⁸⁶

Depois da independência política do Brasil em 1822, acentuou-se o progresso econômico do país com a multiplicação e crescimento das cidades, porém apenas nas capitais das principais províncias os serviços notariais ficaram separados dos serviços judiciais, os quais, geralmente estavam a cargo do tabelião de notas.¹⁸⁷

Nesse período do Brasil Imperial, as nomeações eram feitas pelo presidente da província, como representante do imperador, sendo o critério para a nomeação – vitalícia – o prestígio junto às autoridades, além do que, exercia-se a atividade segundo a *praxis*, com base em compêndios de fórmulas para os diversos atos.¹⁸⁸

Com a República, em 1889, as províncias foram elevadas à categoria de

¹⁸⁴ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.62.

¹⁸⁵ FERREIRA, João Figueiredo. **Para onde vão os cartórios?** Revista de Direito Imobiliário, ano 23, n.48, jan-jun. 2000, p.03.

¹⁸⁶ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.64.

¹⁸⁷ POISL, Carlos Luiz. **Em testemunho da verdade**: lições de um notário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.89.

¹⁸⁸ POISL, Carlos Luiz. **Em testemunho da verdade**: lições de um notário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.90

Estado, com autonomia para organizar seus serviços administrativos. Com isso, a organização judiciária foi estendida aos tabeliães de notas, considerados, para esses efeitos, como servidores da Justiça. Também nessa época, com a criação do Registro Civil obrigatório, os encarregados por estas funções passaram a exercer também as funções notariais, como forma de aproximar o serviço da população e aumentar os rendimentos e, dessa forma, os notários eram tratados como servidores da justiça, subordinados, segundo as leis de organização judiciária, à autoridade do juiz.¹⁸⁹

Nas décadas de 1950 e 1960, em virtude da disseminação dos ideais socialistas, houve no Brasil uma tentativa de estatização dos serviços notariais, mas somente após a instauração do regime militar houve previsão constitucional¹⁹⁰ específica a esse respeito, a qual, na prática, não chegou a se concretizar em função de que ela deveria ser feita de forma gradual, na medida da vacância dos tabelionatos e, também, porque muitos Estados não dispunham de condições financeiras para cobrir os custos desta efetivação.¹⁹¹

Nesse contexto, inaugurada a terceira etapa ou período da história do notariado brasileiro, caracterizada pela constitucionalização da atividade, com previsão de vitaliciedade dos titulares.¹⁹²

A Constituição Federal de 1988 trouxe então novidades para o notariado

¹⁸⁹ POISL, Carlos Luiz. **Em testemunho da verdade**: lições de um notário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.91

¹⁹⁰ Emenda Constitucional nº 07/1977 - Art. 206. Ficam oficializadas as serventias do foro judicial e extrajudicial, mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo.

§ 1º Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, disporá sobre normas gerais a serem observadas pelos Estados e pelo Distrito Federal na oficialização dessas serventias.

§ 2º Fica vedada, até a entrada em vigor da lei complementar a que alude o parágrafo anterior, qualquer nomeação em caráter efetivo para as serventias não remuneradas pelos cofres públicos.

§ 3º Enquanto não fixados pelos Estados e pelo Distrito Federal os vencimentos dos funcionários das mencionadas serventias, continuarão eles a perceber as custas e emolumentos estabelecidos nos respectivos regimentos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm#art1. Acesso em 23/08/2012.

¹⁹¹ POISL, Carlos Luiz. **Em testemunho da verdade**: lições de um notário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.93.

¹⁹² Emenda Constitucional nº 01/69. Art. 194. Fica assegurada a vitaliciedade aos professores catedráticos e titulares de ofício de justiça nomeados até 15 de março de 1967, assim como a estabilidade de funcionários amparados pela legislação anterior àquela data. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm Acesso em 23/08/2012.

pátrio, fixando novas diretrizes e princípios fundamentais. O artigo 236¹⁹³ reconheceu a configuração da atividade como prestação de serviço público por agente privado e delegou à lei federal a regulamentação da atividade, da responsabilidade civil dos agentes delegados e da fiscalização pelo Poder Judiciário.

Destaca João Figueiredo Ferreira:

Parece-nos relevante assinalar, como resultado da modificação de uma prática secular e arraigada no consciente coletivo, que as disposições relativas a notários e registradores não foram incluídas no Capítulo III da Constituição (Do Poder Judiciário), mas posicionadas no Título IX (Das Disposições Constitucionais Gerais), o que vem ressaltar o corte do cordão umbilical da atividade notarial daquela exercida pelo antigo serventuário da justiça desde o Século XVI, nos cartórios, que passaram a ser denominados de serviços notariais e de registro.¹⁹⁴

Este é o contexto em que se encontra a atividade notarial e registral no país, que evolui em velocidade mais ou menos intensa, a depender dos interesses econômicos e da política brasileira, da qual passamos a tratar.

2.2.3 Política Jurídica Notarial Brasileira

Os temas da política jurídica mereceram singular tratamento por Osvaldo Ferreira de Melo, que em seus estudos estabeleceu um quadro descritivo da realidade jurídica de seu tempo, além de criar propostas de atuação do político do direito frente aos novos desafios impostos pela pós-modernidade. Para ele:

O Direito necessita da Política para continuamente renovar-se nas fontes de legitimação e esta necessita daquele para objetivar, em realidade, as reivindicações sociais legítimas, ou seja, propor um sistema de categorias, conceitos, princípios e normas capazes de assegurar não

¹⁹³ Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. § 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. § 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

¹⁹⁴ FERREIRA, João Figueiredo. **Para onde vão os cartórios?** Revista de Direito Imobiliário, ano 23, n.48, jan-jun. 2000, p.05.

só relações econômicas mais justas, mas também o alcance de um ambiente social realmente ético e estimulador das práticas solidárias.¹⁹⁵

Nesse contexto, é primordial que o político do Direito receba uma nova produção legislativa, tendo em mente que a utilidade da norma deve ter o maior alcance possível e a maior adequação possível às necessidades sociais.

Esse papel caberá ao agente da Política do Direito, que deverá ser o advogado, o parecerista, o professor, o doutrinador, o assessor ou consultor jurídico, o juiz, o promotor, enfim, todo aquele que é capaz de ousar, sem pretender, no entanto, desconstruir o que não possa reconstruir.¹⁹⁶

O político do Direito deve interessar-se pela norma jurídica desde sua concepção, desde a sua forma embrionária no útero social, preocupando-se com seus valores, fundamentos e consequências, sendo importante que a norma responda tanto quanto possível às necessidades gerais da sociedade, desde que atenda às características essenciais de justiça, verdade e utilidade e sem descuidar da primordial segurança jurídica.¹⁹⁷

O caráter ideológico e axiológico próprio da Política do Direito exige que uma norma, além dos requisitos para sua validade formal, se conforme com os valores justiça e utilidade social, pois só assim poderá ostentar a sua validade material. Uma norma que não assegure esses valores não pode ser chamada jurídica e melhor será que não faça parte do sistema normativo. Da mesma forma o processo que não leve a uma decisão capaz de assegurar esses valores no seu desiderato, será politicamente ilegítimo, em que pese sua validade formal. Essa a posição inarredável da Política do Direito.¹⁹⁸

Nesse ponto, Fernando Fernandez destaca que as discussões relativas a política jurídica são tendencialmente infinitas. As coletividades, porém, esperam por

¹⁹⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.14.

¹⁹⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.15.

¹⁹⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.20

¹⁹⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.44

resultados, para que a justiça no aqui e agora do convívio real desenvolva sua força determinadora.¹⁹⁹

Para Leonardo Brandelli, o direito notarial tem uma política jurídica especial, de acordo com as características preponderantes no Estado em que é aplicado, e, por essa razão, diversas são as nuances aplicáveis.²⁰⁰

Se estivermos diante de um Estado que proíbe ou dificulta a circulação da propriedade, uma instituição notarial pouco terá a fazer. Por outro lado, onde o direito de propriedade é reconhecido e assegurado, como baluarte da economia, haverá a tendência de existir um notariado forte e apto a garantir a segurança jurídica nas relações.²⁰¹

Infelizmente, a política brasileira tem sido tradicionalmente de profundo descaso com a instituição notarial, revelando-se atrofiada, recolhida a preceitos impostos pelos senhorios portugueses há séculos, a ponto de ter sido qualificada como de “evolução frustrada”.²⁰²

Porém, ensina Brandelli, a instituição notarial é um relevante meio de consecução da certeza e segurança jurídicas preventivas e de consecução de alguns dos intentos da teoria contratual pós-moderna, como o controle da eventual abusividade dos direitos²⁰³.

No Brasil, assim como nos países desenvolvidos, a propriedade, a construção, o comércio e o crédito estão representados por processos de documentação e registros confiáveis, títulos representativos de circulação de riquezas, contratos formalizados, títulos de propriedade como instrumentos dos negócios imobiliários, todos representando segurança jurídica, todos reclamando a atuação notarial, gerando investimentos e crescimento econômico.

Por essa razão, significativa ampliação da atuação notarial vem se consolidando, inclusive com a necessidade de desjudicialização dos conflitos. Esta

¹⁹⁹ FERNANDEZ, Fernando Francisco Afonso. **Fidelidade partidária no Brasil**: análise sob a óptica da política jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p.136

²⁰⁰ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.64.

²⁰¹ MARTINS, Cláudio. **Direito notarial**: teoria e técnica. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1974. p.33.

²⁰² BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.65.

²⁰³ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.275

ideia de afastar do judiciário as questões de mera administração de interesses, desafogá-lo de pretensões de fácil resolução, buscando agentes de colaboração, foi motivo para encontrar no notário o profissional de direito ideal para administrar a justiça nos casos de inventários, separações e divórcios – desde que não houvesse conflito e nem se envolvesse interesse de incapazes.²⁰⁴

Além desta recente inovação legislativa, várias são as outras hipóteses de colaboração do notário com a administração da justiça, podendo ser muito melhor aproveitado, porque dispõe de estrutura funcional com capacidade jurídica e intelectual necessárias para recepção dos atos judiciais meramente homologatórios da vontade das partes.²⁰⁵

Ganha o Estado, que não precisa dispor de grandes recursos para redistribuir a prestação dos serviços. Ganha o usuário, que passa a ter uma alternativa com economia de tempo e recursos. Ganha a sociedade, com a diminuição de demandas, celeridade na solução de graves problemas e aumento do bem estar e da circulação da riqueza. Ganha o Poder Público, que passa a aproveitar melhor os recursos humanos e materiais que tem à sua disposição, e a recolher mais tributos em virtude da produtividade.²⁰⁶

Quanto às vantagens da atuação notarial em processos de inventário e usucapião, constata-se que, desprezando tal contribuição trazida pela lei, um imóvel pode ficar muitos anos sem aproveitamento, na pendência da solução de um processo de inventário ou usucapião. Desse modo, a propriedade deixa de atender ao seu fim social e os titulares do direito ficam paralisados ou agem na informalidade, sem acesso às riquezas, utilidades ou comodidades que o imóvel poderia produzir. Em grande escala, esta paralisia representa bilhões de reais de prejuízo material, sem contar o desgaste moral causado às partes.²⁰⁷

Por outro lado, o notariado brasileiro perdeu muita de sua importância política no contexto da administração pública e, no que se refere à atuação como agente econômico, a diminuição de suas atribuições tem ocorrido com regular

²⁰⁴ Lei federal n. 11.441 de 04 jan.2007.

²⁰⁵ BORTZ, Marco Antonio Greco. **A desjudicialização** – um fenômeno histórico e global. *In* Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.108

²⁰⁶ BORTZ, Marco Antonio Greco. **A desjudicialização** – um fenômeno histórico e global. *In* Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.108

²⁰⁷ BORTZ, Marco Antonio Greco. **A desjudicialização** – um fenômeno histórico e global. *In* Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.108

frequência. Relata Carlos Poisl que, quando da criação do Sistema Nacional de Habitação, em 1966, a lei federal criou a figura da escritura pública sem notário, ao conferir efeitos de escritura aos instrumentos particulares de constituição de direito real de garantia hipotecária, nos financiamentos feitos pelos agentes do Banco Nacional de Habitação – BNH. Posteriormente, esse mesmo efeito foi estendido a diversos mecanismos de incentivo à aquisição da casa própria.²⁰⁸

Em consequência disso, mutuários sem assessoramento jurídico, na ânsia de adquirir a casa própria, assinavam qualquer tipo de contrato que lhes fosse apresentado pelo banco, resultando numa enxurrada de ações judiciais. Os contratos eram elaborados pelas entidades financeiras interessadas nos negócios e, afastada a incômoda fiscalização notarial de seus negócios, desenvolveram-se em poderosas instituições que, em muitos casos, apenas alimentavam a especulação imobiliária.²⁰⁹

Ainda hoje, cada vez mais, surgem legislações afastando a necessidade de intervenção do notário para os negócios jurídicos, inclusive na nova regulamentação da alienação fiduciária de imóveis, em 2004, que dispensou o instrumento público. Porém as entidades financeiras cobram taxas de operação, embutidas nos débitos financiados, em valores muito superiores aos emolumentos.²¹⁰

Ao apresentar à população a alternativa de concluir negócios jurídicos sem a necessidade de intervenção do notário, faz o legislador com que se desprestige cada vez mais sua importância, fomentando a informalidade e afastando, do mundo jurídico, a circulação de riquezas.

Nesse compasso, seu exercício profissional passa quase despercebido pelo homem comum e, assim, a organização da atividade em si e o próprio direito notarial como ramo do Direito, não têm se desenvolvido na mesma velocidade e sintonia de suas novas responsabilidades e das necessidades do mercado, o que

²⁰⁸ POISL, Carlos Luiz. **O tabelionato e o Poder Judiciário**. In Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.69

²⁰⁹ POISL, Carlos Luiz. **O tabelionato e o Poder Judiciário**. In Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.69

²¹⁰ POISL, Carlos Luiz. **O tabelionato e o Poder Judiciário**. In Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.67

fatalmente acarreta prejuízo à eficiência de sua atuação.

2.2.4 Regime Jurídico Notarial no Brasil

A natureza jurídica da instituição notarial somente pode ser completamente evidenciada por meio da análise conjunta dos vínculos conceituais existentes entre notário, função e atividade notarial.²¹¹

A respeito do regime jurídico da função notarial, conforme já assinalado, foi profundamente modificado pela regra expressa no artigo 236 da Constituição Federal:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

A referida disposição assinala os fundamentos da função notarial ao deixar expressas, em primeiro lugar, sua natureza pública e a imperatividade de sua delegação pelo Poder Público ao particular para o exercício em caráter privado – significando dizer que, diferentemente das demais formas de delegação reguladas pelo Direito Administrativo, por exceção, trata-se de uma atividade que o Estado não pode desempenhar diretamente, devendo ser exercida sempre, em caráter pessoal, por uma pessoa natural. Segundo, traz a necessidade de edição de lei regulamentadora da atividade, responsabilidade dos titulares e fiscalização dos seus atos. Terceiro, a obrigatoriedade do acesso à função mediante concurso público de provas e títulos. E, por último, apresenta a proibição de que uma serventia fique

²¹¹ ORELLE, José Maria. **Actos e instrumentos notariales**. 1ª. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p.67.

vaga por mais de seis meses.²¹²

Estabelecidas estas premissas básicas pela Carta Constitucional, muito se discutiu a respeito da natureza jurídica da função notarial²¹³, sendo hoje pacífico entre os doutrinadores seu caráter híbrido, ou seja, a natureza pública da função exercida em caráter privado, conforme explica José Aliende Ribeiro:

O serviço público vai até o reconhecimento de que se trata de função estatal; de que o Estado mantém a titularidade do poder da fé pública, cujo exercício delega a particulares. Isso abrange [...] a regulação da atividade no âmbito da sujeição especial que liga cada particular titular da delegação ao Estado outorgante, à organização dos serviços, à seleção [...] dos profissionais do direito, à outorga e cessação da delegação, à regulamentação técnica e à fiscalização da prestação dos serviços para assegurar aos usuários sua continuidade, universalidade, uniformidade, modicidade e adequação.²¹⁴

A gestão privada começa no gerenciamento da serventia, tanto administrativo como financeiro, e sua autonomia se completa com o pleno exercício da atividade jurídica, como profissão independente, no sentido de elaboração dos atos notariais, aconselhamento das partes, lavratura de protestos e quaisquer outros atos destinados a atribuir fé pública e eficácia aos interesses privados, assim como publicidade e segurança jurídica.²¹⁵

A função pública é, por imperativo constitucional, delegada, ou seja, o Poder Público conserva a titularidade do serviço e obrigatoriamente transfere sua execução a particulares, em unidades previamente definidas, segundo os critérios da legislação estadual. Este processo se dá em função das necessidades dos usuários e da adequação do serviço, obedecendo a critérios objetivos dispostos na

²¹² RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.43.

²¹³ Especialmente a partir da questão da aposentadoria compulsória de notários e registradores, a respeito da qual, até a edição da Emenda Constitucional nº 20/1998, esses profissionais eram considerados servidores públicos *lato sensu* e, portanto, sujeitos à aposentadoria aos 70 anos de idade aplicável aos servidores públicos em geral. Interessantes posições a respeito encontram-se nos seguintes julgados, entre outros: ADI 2.602-0 de MG, ADI 1.444 de PR, ADI 3.634-7 de AP, ADI 3.580 de MG, Medida Cautelar em ADI 2.415-9, de SP, Recurso Extraordinário 155.144-4 de RS, ADI 3.131-1 de MT. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 27/08/2012.

²¹⁴ RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.49

²¹⁵ RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.49.

norma constitucional, pela forma de descentralização administrativa.²¹⁶

Os titulares dos serviços notariais e de registro são particulares em colaboração com o Poder Público, destacando-se que exercem função pública em nome próprio, sem vínculo empregatício, sob fiscalização do Poder Público e com remuneração paga pelos terceiros usuários do serviço, sob a forma de emolumentos.²¹⁷

[...] os serviços prestados pelos notários se enquadram perfeitamente na categoria de instituição ou organização pertencente ao Estado, mas independente, já que não integram o governo e nem outro Poder político. Esta categoria de profissionais, embora tradicional, pode ser considerada como uma das mais modernas instituições pertencentes ao sistema jurídico voltada para a sociedade, que imprescinde de segurança e estabilidade nas diversas relações que envolvem os seus membros, obtida através da atuação sempre cautelosa desses operadores do direito, que desempenham relevante papel preventivo de conflitos.²¹⁸

A lei regulamentadora, Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994, chamada Lei dos Notários e Registradores, deixou expressa a definição dos serviços notariais e de registro, em seu artigo 1º, como sendo os de organização técnica e administrativa, destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.²¹⁹

Também disciplinou as atribuições e competências dos notários e registradores, a forma de ingresso, os direitos e deveres e os impedimentos e incompatibilidades, além de deixar expressas a responsabilidade civil e criminal dos agentes delegados e a fiscalização dos atos pelo Poder Público. Além disso, enumerou as hipóteses de extinção da delegação.

Com essa estrutura, notários e registradores não pertencem, portanto, aos quadros dos servidores públicos. São agentes encarregados de exercer uma função pública, porém na condição de particulares que executam serviço público em

²¹⁶ RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.58

²¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, p.437.

²¹⁸ ERPEN, Décio Antonio. **A atividade notarial e registral**: uma organização social pré-jurídica. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.35/36, jan/dez 1995, p.38.

²¹⁹ Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em 27/08/2012

nome próprio, assumindo toda a responsabilidade inerente à função.²²⁰

2.2.5 Notário e Função Notarial

Notário, ou tabelião, é o profissional do Direito, dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial.²²¹ Na definição de Leonardo Brandelli, o notário é um agente público que recebe sua atribuição por delegação, mediante concurso público e que desempenha uma função pública em caráter privado, sem subordinação nem hierarquia em relação ao Estado. Complementa o autor que há, neste caso, uma fiscalização do Estado-delegante para garantir a boa prestação da função delegada, possuindo os notários, entretanto, independência funcional.²²²

O notário desempenha um mister jurídico, privativo dos que têm formação jurídica, assim como o juiz, o promotor de justiça e o advogado. Por exceção e previsão legal, também podem exercer a função de notário aqueles que, tendo mais de 10 anos de exercício em serventia notarial, forem aprovados em concurso público de provas e títulos.²²³

Por meio de delegação recebida do Poder Estatal, os notários são particulares que colaboram com a administração pública, desempenhando funções que caberiam ao Estado.²²⁴

O tabelião, perante a sociedade, tem uma função que o direito lhe impõe. Ao realizar essa função, é que pratica o ato notarial cuja natureza é pública, regrada pelos princípios de direito administrativo do gênero, porém, de direito notarial propriamente. Por outras palavras, o tabelião pratica atos peculiares ao ofício público que exerce, regrados por normas

²²⁰ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.80.

²²¹ Artigo 3º. Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em 27/08/2012

²²² BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.83

²²³ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.86

²²⁴ SANDER, Tatiane. **Atividade notarial como função de justiça preventiva**. São Leopoldo: Oikos, 2005, p.38.

jurídicas próprias, subsidiado por outras de Direito Administrativo.²²⁵

Paulo Roberto Gaiger Ferreira pondera a respeito dos planos de atuação, ou planos de atenção do notário, todos de igual importância, acreditando que deve o notário, no exercício de sua função, observar igualmente as perspectivas do plano individual, do plano do Estado e do plano da sociedade – para que possa, ao enfrentar paradoxo entre eles, sopesá-los e definir qual dos planos merece ser privilegiado diante da situação fática.²²⁶

No plano individual, a atuação do notário deve voltar-se à segurança jurídica da vida privada, qualificando juridicamente a vontade das partes e elegendo o instrumento público adequado, após ouvir e investigar todos os aspectos envolvidos, orientando de forma imparcial sobre a consequência das decisões tomadas e dos negócios realizados.²²⁷

Em face do Estado, o notário é seu agente, por meio da dação da fé pública. Por ela, o Estado tem a certeza do fiel cumprimento das leis e dispõe de eficaz e responsável fiscal de tributos devidos e, assim, o atendimento notarial é, para o Estado, eficaz por seu aspecto jurídico e econômico. “A intervenção de um profissional do direito com plena especialização e foco no serviço que realiza evita nulidades e falsidades dos atos jurídicos privados, barateando a administração da justiça”.²²⁸

Como profissional imparcial, é imprescindível para a inclusão social, além de servir de repositório dos atos da vida privada, em uma sequência de momentos da vida que constituem e retratam a história do grupo social.²²⁹

Sob outra perspectiva, entendem Julenildo Vasconcelos e Antonio Rodrigues Cruz que

²²⁵ SANDER, Tatiane. **Atividade notarial como função de justiça preventiva**. São Leopoldo: Oikos, 2005, p.39

²²⁶ FERREIRA. Paulo Roberto Gaiger. **O segredo profissional do notário no Brasil**. Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.27

²²⁷ FERREIRA. Paulo Roberto Gaiger. **O segredo profissional do notário no Brasil**. Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.27 e BRANDELLI, Leonardo. Teoria geral do direito notarial. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.86.

²²⁸ FERREIRA. Paulo Roberto Gaiger. **O segredo profissional do notário no Brasil**. Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.29

²²⁹ FERREIRA. Paulo Roberto Gaiger. **O segredo profissional do notário no Brasil**. Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.29.

[...] o notário tem o duplo aspecto de profissional do direito que tem a missão de assessorar a quem reclama sua autoridade e aconselhar os meios jurídicos mais adequados para o êxito de seus fins lícitos que se propõe a alcançar, e ser o delegado do poder estatal que exerce a fé pública notarial.²³⁰

Para estes autores, o sistema notarial é, por excelência, uma instituição legitimadora, não sendo fácil precisar os limites de sua função pelo exercício de sua prática na história e na formação do direito. Baseando-se em D. Juan José Sanchez, a quem atribuem a qualidade de ser um dos mais antigos tratadistas de direito notarial, citam que ele escrevia, já em 1794 que a principal qualidade do ato produzido pelo notário (então escrivão público) é a autoridade que caracteriza o documento ou instrumento lavrado para que conste em todo tempo sua certeza.²³¹

E concluem os mesmos autores que as delimitações da função notarial são: que a função legitimadora notarial recai sobre os atos ou negócios e os fatos jurídicos; que se refere ou aplica aos atos que se realizam na esfera das relações do direito privado; e que a atuação notarial se desenvolve na fase da normalização do direito.²³²

É importante que se diga que, embora o Direito Administrativo atue na relação do Estado outorgante e o particular outorgado, isso não afeta a independência jurídica do notário, característica de tal profissão em sua atribuição singular de órgão da fé pública, incumbido da gestão de interesses privados, com o fim de realizar o interesse público da segurança jurídica.²³³

A independência jurídica do notário e do registrador é pressuposto para o exercício da função qualificadora, a ser cumprida de forma autônoma, estando sujeitos ao condicionamento da ordem jurídica, o que possibilita a definição de um modelo de independência funcional.²³⁴

²³⁰ VASCONCELOS, Julenildo Nunes e CRUZ, Antonio Augusto Rodrigues da. **Direito notarial: teoria e prática**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p.07

²³¹ VASCONCELOS, Julenildo Nunes e CRUZ, Antonio Augusto Rodrigues da. **Direito notarial: teoria e prática**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.p.21

²³² VASCONCELOS, Julenildo Nunes e CRUZ, Antonio Augusto Rodrigues da. **Direito notarial: teoria e prática**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.p.21

²³³ RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.49.

²³⁴ RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.86

Outro aspecto fundamental que se refere ao notário é o sistema jurídico no qual esteja inserido, sendo que no Brasil adota-se o modelo de notariado do tipo latino, ou romano-germânico. É o sistema jurídico mais disseminado no mundo, baseado no direito romano, tal como interpretado pelos glosadores a partir do século XI e sistematizado pelo fenômeno da codificação do direito, a partir do século XVIII. Pertencem à família romano-germânica os direitos de toda a América Latina, de toda a Europa continental, de quase toda a Ásia (exceto partes do Oriente Médio) e de cerca de metade da África.²³⁵

Em diversos países de tradição romano-germânica, o direito é organizado em códigos. Os exemplos principais são os códigos civis francês e alemão (*Code Civil* e *Bürgerliches Gesetzbuch*, respectivamente). É típico deste sistema o registro escrito das normas de direito.

Outra característica dos direitos de tradição romano-germânica é a generalidade das normas jurídicas, que são aplicadas pelos juízes aos casos concretos. Difere, portanto, do sistema jurídico anglo-saxão (*Common Law*), que infere normas gerais a partir de decisões judiciais proferidas a respeito de casos individuais.

O notariado do tipo latino, de tradição romano-germânica, tem se expandido gradualmente, abrangendo hoje 80 países em quatro continentes, além de algumas cidades dos Estados Unidos e Reino Unido, atingindo, por estimativas da União Internacional do Notariado Latino²³⁶, mais de 3 bilhões de pessoas, ou seja, pelo menos metade da população mundial vive sob este sistema, incluindo países que decidiram adotá-lo mesmo sem pertencer à tradição jurídica romano-germânica, como o Japão e a China. Segundo a Oficina Permanente de Intercâmbio Notarial (ONPI)²³⁷, a decisão destas nações por estabelecer o sistema notarial latino em seus países – com economias de enorme peso mundial – é uma mostra da validade intrínseca deste sistema, tanto em termos jurídicos como econômicos.

Com essa perspectiva, uma reunião mundial de notários do tipo latino,

²³⁵ De acordo com a União Internacional do Notariado Latino, disponível em <http://uinl.net/dosieres.asp?idioma=esp&submenu=PUBLICACION>. Acesso em 05/09/2012.

²³⁶ Disponível em www.uinl.org. Acesso em 04/09/2012

²³⁷ Disponível em <http://uinl.net/dosieres.asp?idioma=esp&submenu=PUBLICACION>. Acesso em 04/09/2012

promovida pela União Internacional do Notariado Latino, organização não governamental constituída para promover, coordenar e desenvolver a função e a atividade notarial no mundo, fez nascer, em 08 de novembro de 2005, a carta de princípios fundamentais do sistema do notariado do tipo latino, reconhecida pelos 80 países que o integram, inclusive o Brasil.²³⁸

Reconhecidos como instrumento de eficácia internacional entre todos esses países, os princípios fundamentais do sistema de notariado do tipo latino apregoam a função notarial independente, exercida por um profissional do direito, com atribuição de conferir autenticidade aos atos jurídicos, além de aconselhar e assessorar aos requerentes de seus serviços. A forma de exercício em caráter privado por delegação do Poder Público também se encontra contemplada pela Carta, além de disposições gerais acerca da formalização dos documentos notariais, de sua organização e de princípios éticos a serem observados no exercício da profissão.

Nesse contexto, qualquer documento notarial produzido por um notário do tipo latino, respeitados os aspectos formais e substanciais, não pode ser questionado quanto a segurança e eficácia, devendo produzir todos os efeitos dele decorrentes, pela presunção de legalidade e de legitimidade a ele inerentes, bem como pela fé pública notarial.²³⁹

2.3 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA ATUAÇÃO NOTARIAL

A ideia de princípio deriva da linguagem da geometria, tratado como verdades primeiras, e, no sentido jurídico da palavra, são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, mas principalmente do dever-ser, como normas jurídicas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.²⁴⁰

Longe de toda discussão doutrinária do grau de normatividade ou da posição jurídica que ocupam os princípios no sistema jurídico, consideremos para

²³⁸ Disponível em http://uinl.net/notariado_mundo.asp?idioma=esp&submenu=NOTAIRE. Acesso em 04/09/2012

²³⁹ Disponível em http://uinl.net/notariado_mundo.asp?idioma=esp&submenu=NOTAIRE. Acesso em 04/09/2012

²⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, p.229.

este capítulo que os princípios também atuam, na atividade notarial, com função integrativa e hermenêutica. Isso se justifica pela ausência de uma legislação notarial substancial, que regule os atos notariais de forma sistemática, portanto os princípios atuam tanto para suprir lacunas legislativas, fornecendo uma solução para cada caso que se apresenta, como para conduzir a uma correta interpretação das normas notariais.²⁴¹

Paulo Roberto Gaiger Ferreira explica que o tabelião é o Estado tutelando, protegendo os interesses dos particulares com relevância e reflexo para a sociedade e para o próprio Estado, e, por isso, está sujeito aos princípios da administração e aos princípios do direito privado.²⁴²

Da mesma forma, o Conselho Permanente da União Internacional do Notariado Latino constatou a necessidade de redigir uma carta de princípios cardeais inspiradores do sistema de notariado do tipo latino.²⁴³ Eles decorrem explícita ou implicitamente de consensos a que se chegou em congressos, que a União Internacional do Notariado Latino promoveu desde sua fundação, quanto ao notariado, à função notarial ou ao instrumento público.²⁴⁴ Servem subsidiariamente

²⁴¹ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.175.

²⁴² CAHALI, Francisco José; FILHO, Antônio Herance; ROSA, Karin Regina Rick; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. **Escrituras públicas** – Separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: análise civil, processual civil, tributária e notarial – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 18.

²⁴³ Conforme mencionamos na página 42.

²⁴⁴ BASES OU PRINCÍPIOS DO SISTEMA DE NOTARIADO LATINO TÍTULO I - DO NOTÁRIO E DA FUNÇÃO NOTARIAL 1.- O Notário é um profissional do direito, titular de uma função pública, nomeado pelo Estado para conferir autenticidade aos atos e negócios jurídicos contidos nos documentos que redige, assim como para aconselhar e assessorar os requerentes de seus serviços. 2.- A função notarial é uma função pública, razão pela qual o Notário tem a autoridade do Estado. É exercida de forma imparcial e independente, sem estar situada hierarquicamente entre os funcionários do Estado. 3.- A função notarial se estende a todas as atividades jurídicas não contenciosas, confere ao usuário segurança jurídica, evita possíveis litígios e conflitos que se podem resolver por meio do exercício da mediação jurídica, constituindo-se em um instrumento indispensável para a administração de uma boa justiça. TÍTULO II - DOS DOCUMENTOS NOTARIAIS 4.- Os documentos notariais, que podem ter por objeto a formalização de atos e negócios de todo tipo, são os autorizados pelo Notário. Sua autenticidade compreende autoria, assinaturas, data e conteúdo. São conservados pelo Notário e classificados em ordem cronológica. 5.- Na redação dos documentos notariais, o Notário - que deve atuar em todo momento conforme a Lei - interpreta a vontade das partes e adapta a mesma às exigências legais, dá fé sobre a identidade e qualifica a capacidade e legitimação dos outorgantes em relação ao ato ou negócio jurídico concreto que pretendem realizar. Controla a legalidade e deve assegurar-se de que a vontade das partes, que se expressa em sua presença, tenha sido livremente declarada. Tudo isso entendido com independência do suporte de que conste o documento notarial. 6.- O Notário é o único responsável pela redação de seus documentos. É livre para aceitar ou recusar todo projeto ou minuta que lhe sejam apresentados, ou para neles introduzir - com o acordo das partes - as modificações que entenda pertinentes. 7.-

de parâmetros para o notariado brasileiro.²⁴⁵

São os seguintes os princípios que orientam a função notarial: juridicidade, cautelaridade, imparcialidade, publicidade, rogação e tecnicidade.²⁴⁶ Por questão de sistemática, trataremos aqui apenas de forma geral e introdutória, dos que são considerados princípios típicos, na classificação apontada por Leonardo Brandelli, embora outros sejam apontados pela doutrina específica.

2.3.1 Princípio da Juridicidade ou Controle da Legalidade

A tarefa típica desempenhada pelo notário é voltada para atingir fins jurídicos e, nessa função, deve considerar sempre o aspecto jurídico do ato ou

Os outorgantes de um documento notarial têm direito de obter cópias de seu original, que fica em poder do Notário. As cópias autênticas têm o mesmo valor que o original. O Notário poderá também expedir cópias em favor de pessoas que, segundo sua legislação nacional, tenham legítimo interesse em conhecer o conteúdo do documento. 8.- Os documentos notariais gozam de uma dupla presunção de legalidade e de exatidão de seu conteúdo, e não podem ser contraditados senão pela via judicial. Estão revestidos de força probatória e executiva. 9.- A atuação notarial se estende também à legitimação das assinaturas de particulares apostas em documentos privados, assim como à expedição de declaração de conformidade das cópias com seus originais para toda classe de documentos e de atividades previstas pela sua respectiva legislação nacional. 10.- Os documentos notariais que respondam aos princípios aqui enunciados deverão ser reconhecidos em todos os Estados e neles produzir os mesmos efeitos probatórios, executivos e constitutivos de direitos e obrigações que em seu país de origem. TÍTULO III - DA ORGANIZAÇÃO NOTARIAL 11.- A lei nacional determinará a área de competência de cada Notário, assim como o número de Notários, que deve ser suficiente para assegurar convenientemente o serviço. A lei nacional determinará também o lugar de instalação de cada tabelionato, garantindo uma distribuição equitativa em todo o território nacional. 12.- Os Notários deverão pertencer a um órgão colegiado. Um só órgão, composto exclusivamente por Notários, assumirá a representação do Notariado em cada país. 13.- A lei de cada Estado determinará as condições de acesso à profissão notarial e de exercício da função pública notarial, estabelecendo para tal fim as provas ou exames que se estimem oportunos, exigindo sempre dos candidatos a titulação de formado em Direito, ou grau universitário correspondente, e uma elevada qualificação jurídica. TÍTULO IV - DA DEONTOLOGIA NOTARIAL 14.- A Lei determinará o regime disciplinar dos Notários, que estará sob controle permanente da autoridade pública e dos órgãos colegiados. 15.- O Notário está obrigado à lealdade e à integridade perante quem solicite seus serviços, o Estado e os seus colegas. 16.- O Notário, de acordo com o caráter público de sua função, está obrigado a guardar segredo profissional. 17.- O Notário está obrigado a ser imparcial, e essa imparcialidade se expressa igualmente mediante a prestação de uma assistência adequada à parte que se encontre em situação de inferioridade em relação à outra, para assim obter o equilíbrio necessário a fim de que o contrato seja celebrado em pé de igualdade. 18.- A escolha do Notário corresponde exclusivamente às partes. 19.- O Notário está obrigado a respeitar as regras deontológicas de sua profissão, tanto em nível nacional como internacional. Observação: O texto acima foi aprovado por unanimidade em assembleia geral dos notariados membros realizada em Roma, em 07.11.05 - Responsável pela versão para o português: João Figueiredo Ferreira. Disponível em

²⁴⁵ POISL, Carlos Luiz. **Em testemunho da verdade**: lições de um notário. Porto Alegre: Fabris, 2006, p.27.

²⁴⁶ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.175.

negócio que as partes pretendem realizar, buscando a solução jurídica mais adequada ao caso concreto.

O notário deve adequar a vontade das partes ao ordenamento jurídico, controlando a legitimidade do negócio. Em sua vertente negativa, o juízo da legalidade impõe o dever de examinar todos os requisitos legais nos atos que venha a intervir, negando autorização quando existam motivos justos, denunciando defeitos ou falta de cumprimento relacionada aos elementos jurídicos, tudo sob apurado critério técnico e legal.²⁴⁷

Nesse sentido, deve atuar, principalmente, moldando juridicamente o desígnio ou propósito das partes, atento ao princípio da legalidade norteador de todo o ordenamento jurídico, não podendo acatar manifestações contrárias ao Direito, verificando as cláusulas do negócio, alertando sobre todas as consequências jurídicas e alcance do ato a realizar, tendo como propósito gerar atos jurídicos perfeitos que alcancem toda sua eficácia no mundo jurídico e analisando todos os requisitos e elementos gerais do ato e do negócio jurídico.²⁴⁸

2.3.2 Princípio da Cautelaridade

De acordo com Leonardo Brandelli, a cautelaridade da função notarial está ligada ao fundamento de existência do direito notarial e da própria função notarial que é a intervenção do Estado por meio de um agente delegado, na esfera de desenvolvimento voluntário do Direito, proporcionando o cumprimento adequado deste e evitando o surgimento do conflito de interesses.²⁴⁹

Nesse sentido, deve atuar na prevenção de litígios, garantindo a relação do ponto de vista jurídico e prevenindo que uma lide venha a surgir no futuro, sendo, por isso, instrumento de pacificação social.

A função notarial tem esse caráter cautelar na medida em que o tabelião desenvolve uma tarefa no campo do acautelamento, de prevenção de riscos que a incerteza jurídica possa acarretar, como verdadeiro ofício de prudência.

²⁴⁷ REZENDE, Afonso Celso Furtado.

²⁴⁸ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.179.

²⁴⁹ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.180.

2.3.3 Princípio da Imparcialidade

Historicamente a função notarial tem tido claras conexões com a administração da justiça e talvez esta seja a origem da imparcialidade do notário diante do interesse das partes onde, nessa condição, exerce uma verdadeira magistratura cautelar, espontaneamente requerida pelos interessados.²⁵⁰ Esta imparcialidade exige que o notário evite influenciar por motivações decorrentes da sua relação com o requerente, evite tomar partido em questões negociáveis que surgem, respeitando a verdade dos fatos, a liberdade das pessoas e suas opiniões, orientando sobre os diferentes enfoques e guiando todos para um resultado justo e pacífico, dentro das normas jurídicas existentes.²⁵¹

A imparcialidade notarial significa não apenas tratar igualmente as partes, mas também tratá-las desigualmente quando o caso concreto assim exigir. Isto vai além mesmo das partes, tendo o notário deveres para com terceiros não vinculados diretamente, dentre os quais, o Estado.

Quando a relação de direito material for uma relação díspar, em que uma das partes se sobrepõe à outra (econômica ou juridicamente) deve o notário intervir em prol da parte hipossuficiente, de modo a permitir que esta possa manifestar a sua vontade; uma vez que materialmente desiguais as partes, deve o notário atuar de forma a amenizar essa desigualdade, permitindo que a voz mais débil se faça ouvir.²⁵²

A legislação federal prevê a garantia do caráter de imparcialidade do notário ao dispor sobre um regime de impedimentos, segredo profissional e responsabilidade civil, administrativa e criminal na Lei nº 8.935/94.²⁵³

²⁵⁰ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.181.

²⁵¹ LEZCANO, José Livio. **La imparcialidad como deber del notario**. Revista del notariado. Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Disponível em <https://www.colegioescribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRIBI/ARTICULOS/43449.pdf>. Acesso em 10/09/2012.

²⁵² BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.182.

²⁵³ Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

Art. 23. A responsabilidade civil independe da criminal.

Art. 24. A responsabilidade criminal será individualizada, aplicando-se, no que couber, a legislação relativa aos crimes contra a administração pública.

Parágrafo único. A individualização prevista no caput não exime os notários e os oficiais de registro de sua responsabilidade civil.

Art. 27. No serviço de que é titular, o notário e o registrador não poderão praticar, pessoalmente, qualquer ato de seu interesse, ou de interesse de seu cônjuge ou de parentes, na linha reta, ou na colateral, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau.

Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:

2.3.4 Princípio da Publicidade

Para Walter Ceneviva, a publicidade compreende realidades jurídicas diferentes para o direito público e para o direito privado, podendo ser obrigatória ou facultativa.²⁵⁴

Segundo ele, a lei exige que determinados atos e fatos jurídicos sejam conhecidos por todos, por meio de uma divulgação provida de autenticidade, segurança e eficácia. Portanto publicar, enquanto serviço público, é ação de lançar ato ou fato jurídico relevante em livro ou papel oficial, indicando os agentes que nele interferiram, com referência ao direito ou ao bem de vida mencionado.²⁵⁵

Na seara notarial, a lei dos notários e registradores prevê em seu artigo primeiro que um dos objetivos dos serviços notariais e de registro é garantir a publicidade dos atos jurídicos.²⁵⁶

[...] a leitura que devemos dar à expressão 'garantir a publicidade' envolve a forma pública decorrente da outorga notarial e a autenticidade decorrente do reconhecimento e executividade do documento notarial em face do Estado e da sociedade.²⁵⁷

A escritura pública é elemento de forma, não de publicidade e a forma visa a dar segurança a respeito do ato celebrado. Já a publicidade não tem por fim a celebração própria do ato, tem por objetivo tornar cognoscível a terceiros a situação jurídica decorrente do ato jurídico celebrado.²⁵⁸

[...] VI - guardar sigilo sobre a documentação e os assuntos de natureza reservada de que tenham conhecimento em razão do exercício de sua profissão;

Art. 31. São infrações disciplinares que sujeitam os notários e os oficiais de registro às penalidades previstas nesta lei:

I - a inobservância das prescrições legais ou normativas;

II - a conduta atentatória às instituições notariais e de registro;

[...]IV - a violação do sigilo profissional;

V - o descumprimento de quaisquer dos deveres descritos no art. 30.

²⁵⁴ CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada** (Lei n. 8.935/94). 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.24.

²⁵⁵ CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada** (Lei n. 8.935/94). 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.24.

²⁵⁶ Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994. Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

²⁵⁷ FERREIRA. Paulo Roberto Gaiger. **O segredo profissional do notário no Brasil**. Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.37.

²⁵⁸ FERREIRA. Paulo Roberto Gaiger. **O segredo profissional do notário no Brasil**. Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.36.

A publicidade notarial não tem caráter absoluto, ou seja, a lei pode permitir o acesso ao interessado à documentação existente no serviço, porém por meio da informação prestada, pela certidão emitida ou pelo contato direto – sendo esta última forma a exceção, recaindo a publicidade no recebimento de toda e qualquer informação e não no manuseio do acervo da serventia, sob pena de comprometimento da integridade e segurança deste.²⁵⁹

Apesar do princípio da publicidade, o dever de sigilo do notário aparenta um paradoxo da profissão e, a esse respeito, explica Paulo Roberto Gaiger Ferreira que o dever de sigilo se aplica a declarações e pedidos de orientação profissional, a conselhos dados, a papéis e documentos confiados ao notário, às minutas produzidas e corrigidas, e a atos notariais incompletos. Em relação aos atos notariais lavrados, a publicidade é limitada ao interesse das partes.²⁶⁰

O dever de publicidade que tem o notário é contido pela Lei 8.935/94, que protege o direito constitucional da intimidade, vida privada e honra. [...] O dever de sigilo pode ser absoluto ou relativo. Quando seja absoluto, o notário não deverá, em hipótese nenhuma, revelar a informação que tenha, pois a publicidade consiste em violação grave ao dever de sigilo. Quando o dever de sigilo é relativo, as informações podem ser fornecidas quando haja um legítimo interesse, a critério do notário, quando haja ordem de uma autoridade com competência amparada em expressa previsão legal ou quando haja uma ordem judicial.²⁶¹

2.3.5 Princípio da Rogação e Técnica

O princípio rogatório da função determina que o notário não pode agir de ofício, exigindo provocação da parte interessada, embora os serviços sejam oferecidos a todos que necessitem e, a partir do requerimento, tem o notário o dever de agir.²⁶²

A função notarial tem acentuado caráter técnico, dependendo o notário do

²⁵⁹ De acordo com a Circular nº 42/2009, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, editada em resposta ao requerimento de cidadão para que lhe fosse autorizado efetuar pesquisas diretas no acervo de serventia, para fins históricos. Disponível em <http://cgj.tj.sc.jus.br/consultas/provcirc/circular/a2009/c20090042.pdf>. Acesso em 10/09/2012.

²⁶⁰ FERREIRA. Paulo Roberto Gaiger. **O segredo profissional do notário no Brasil**. Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p. 47

²⁶¹ FERREIRA. Paulo Roberto Gaiger. **O segredo profissional do notário no Brasil**. Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p. 47

²⁶² BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.184.

conhecimento dos institutos jurídicos e dos modos de realização do direito por meio de suas formas, fórmulas, conceitos e categorias e, portanto, depende de uma técnica jurídica.²⁶³

O caráter técnico da função não significa que o notário esteja preso a fórmulas instrumentais pois deve conhecer a técnica notarial como forma de materializar a vontade das partes, com o escopo de cumprir o mister de segurança jurídica, produzindo ato notarial seguro e qualificado.²⁶⁴

2.4 ATO NOTARIAL

Em virtude do amplo campo em que o notário desenvolve seu trabalho, faz-se necessário entender as diferentes etapas de sua atuação, individualizando os atos e operações de exercício da função notarial. Existem duas etapas de realização do direito por meio da intervenção notarial: a primeira delas é chamada de pesquisa ou sondagem, a qual se refere a investigação; e na segunda o notário emite seu juízo e parte para a qualificação, adequação, redação e lavratura propriamente dita.²⁶⁵

Para fins de sistematização, porém, adotaremos a lição de Mario Zinny, para quem a atuação notarial se subdivide em duas outras etapas, sendo uma relativa ao assessoramento profissional, que envolve a tarefa de investigação, conselho, adequação, atuação imparcial e assessoramento propriamente dito; e outra que diz respeito à qualidade máxima da atuação notarial, relativa à dação de fé.²⁶⁶

Nos notariados de tipo latino, como o brasileiro, a segurança que se alcança com a dação de fé se vê complementada por aquela que se alcança mediante o assessoramento profissional.

²⁶³ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.185.

²⁶⁴ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.186.

²⁶⁵ LARRAUD, Rufino *in* BONANNO, Hugo Héctor y MORA, Alfonso José. **Actos de Ejercicio de la Función Notarial** según los Diversos Autores. Revista del notariado. Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Disponível em <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRIB/ARTICULOS/43449.pdf>. Acesso em 10/09/2012.

²⁶⁶ ZINNY, Mario Antonio. **El acto notarial** (dación de fe). 3ª.Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p.80.

Quer dizer que, analisando e controlando o notário a situação jurídica que as partes lhe trazem, explicando sobre o que pretendem, determinando com precisão o comportamento idôneo para alcançar os efeitos pretendidos, cobre-se a cota de segurança que o tráfego jurídico reclama, tanto por meio de uma bem fundamentada e meditada decisão das partes como pela legalidade, clareza e precisão como elas se comportam.²⁶⁷

2.4.1 DECISÃO OU ASSESSORAMENTO PRELIMINAR

A primeira etapa de realização notarial do direito consiste na averiguação, a qual possibilita o tabelião situar-se no caso proposto, investigando o desígnio ou propósito econômico ou moral das partes e as circunstâncias jurídicas envolvidas.²⁶⁸

Nessa etapa, atua também como consultor, pois o notário emite pareceres jurídicos sobre a possibilidade das partes realizarem determinado negócio, sobre a forma adequada e sobre as consequências jurídicas e efeitos que serão alcançados com o ato notarial.²⁶⁹

Este assessoramento, ou consultoria, encontra-se implícito nas atribuições do notário previstas no artigo 6º da Lei nº 8.935/1994²⁷⁰, as quais compreendem: formalizar juridicamente a vontade das partes; intervir nos negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; autenticar fatos.

[...] podem até mesmo atuar em conjunto advogados e notários [...] aqueles defendendo os interesses de seus clientes, e estes sendo o eixo da balança, os quais a controlarão para que não penda para nenhum lado, buscando a solução adequada, imparcialmente. A consulta formulada ao tabelião poderá versar sobre questões individualizadas, concretas, ou sobre questões não individualizadas, gerais e abstratas,

²⁶⁷ ZINNY, Mario Antonio. **El acto notarial** (dación de fe). 3ª.Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p.80.

²⁶⁸ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.313

²⁶⁹ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.188

²⁷⁰ Art. 6º Aos notários compete: I - formalizar juridicamente a vontade das partes; II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; III - autenticar fatos.

mas sempre voltadas para a realização de um ato notarial.²⁷¹

A complexidade das relações sociais e jurídicas obriga a uma intervenção cada vez mais acentuada do Estado na autonomia da vontade privada, a fim de garantir igualdade jurídica às partes, compensando sua desigualdade material, evitando excessos jurídicos e entrelaçando paritariamente os direitos individuais visando ao bem comum ordenado pelo sistema jurídico.²⁷²

As atribuições do notário caracterizam-se por lhe competir o controle da legalidade do ato e o poder de dar fé, mas existem outras de cunho subjetivo que dizem respeito a aconselhar, assessorar as partes e escrever com exatidão os fatos que percebe para dar autenticidade aos documentos notariais.²⁷³

A função notarial deve ser abordada sob duas óticas: uma preventiva de litígios e outra de valorização processual dos documentos notariais, ao promover o controle pré-documental da realidade e legalidade dos fatos a ele levados.

No caráter preventivo, o notário tem a função de conselho – assessorar as partes com imparcialidade –, destinada a promover o equilíbrio contratual, evitando documentos notariais leoninos e usurários. Nesta etapa, de averiguação, conselho e assessoramento, o notário ouve as partes sobre as intenções do ato ou negócio que pretendem realizar, investigando eventuais vícios de ordem subjetiva, entrando no mérito da negociação, a fim de colocar-se numa posição de máxima eficácia a respeito do assunto no qual lhe reclama intervenção. Também nessa fase são investigadas as circunstâncias pessoais dos sujeitos e os objetos do negócio, envolvendo ainda a análise dos antecedentes do ato proposto, tudo para dar conformidade jurídica à vontade das partes.²⁷⁴ Ao final dessa etapa, o notário está pronto para dar seu parecer, como simples diagnóstico ou qualificação ou ainda para oferecer um tratamento adequado ao caso concreto.²⁷⁵

A atuação notarial nessa fase tem um duplo significado, de um lado objetiva consolidar o interesse público de conservar a normalidade e estabilidade

²⁷¹ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.193.

²⁷² BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.195.

²⁷³ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Direito imobiliário registral na perspectiva civil-constitucional**. Porto Alegre: IRIB: S.A. Fabris, 2004. p. 323.

²⁷⁴ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.319

²⁷⁵ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, p.320.

jurídica das relações e, de outro, garantir que sejam cumpridos todos os requisitos legais e tributários para que o ato notarial obtenha seus plenos efeitos jurídicos.²⁷⁶

Nesta atividade, que requer conhecimento da lei e da técnica, o notário exerce uma atividade da chamada administração pública dos interesses privados, na medida em que participa da realização do direito.

2.4.2 DAR FÉ

Atestar documentos ou elaborar atos jurídicos com fé pública teve a sua concepção no Império Romano:

[...] A *fides pública*, matéria de direito privado, estava reservada, às autoridades que possuíam o *ius actorum conficiendorum*, considerada a faculdade de formar e autorizar expedientes, e os autos eram a *acta* ou *gesta*. Ao proceder desta forma estas pessoas podiam transferir ao Estado a legalidade que a sociedade necessitava, podendo ser em julgamentos de posse ou outros atos em tribunais, pois somente quem tinha fé pública poderia produzir expediente a ser julgado, dito à época, *pública monumenta*.²⁷⁷

Hoje, o Estado atribui constitucionalmente a determinados agentes delegados o direito de representação para determinadas tarefas e, entre esses agentes, estão inseridos os notários. A fé pública é atribuída a essas pessoas em decorrência de um mandamento legal, em cumprimento de diversas formalidades e especificidades. Esta crença atribuída ao notário é a mesma que o Estado recebeu de seu povo, mas restrita a garantir e certificar uma segurança nas relações sociais, como princípio de justiça e certeza quanto ao efetivamente ajustado, escriturado e trasladado.²⁷⁸

Ao detentor desta atribuição cabe a expressão da verdade, ou seja, vige a crença de ser correto e autêntico em tudo aquilo que dita e escreve, somente podendo ser contestada por imponente prova em contrário, gerando uma presunção

²⁷⁶ FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Ata notarial**. Doutrina, prática e meio de prova. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.20

²⁷⁷ AROUCA, Ana Carolina Bergamaschi. **Evolução histórica do notário e sua função social**. Dissertação apresentada à Banca da Faculdade Autônoma do Direito, para obtenção do título de Mestre em Direito Civil. São Paulo, 2009, p.69. Disponível em http://www.fadisp.com.br/download/turma_m4/ana_carolina_bergamaschi_arouca.pdf. Acesso em 30/08/2012.

²⁷⁸ VASCONCELOS, Julenildo Nunes e CRUZ, Antonio Augusto Rodrigues da. **Direito notarial: teoria e prática**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p.01

legal de veracidade ao que atestam e afirmam.

A fé pública não tem apenas o significado de representação correta da realidade, mas também de evidência e força probante atribuída pelo ordenamento à intervenção de um notário em determinados atos ou documentos.²⁷⁹

O valor jurídico e a certeza implicam que a fé pública pressupõe a exigência que, necessariamente, deriva de normas jurídicas, incluindo severo regime de responsabilidades civis, administrativas e penais, caso ocorrentes desvios, deslizos ou incorreções no seu exercício. Por sua própria natureza, a fé pública é uma instituição jurídico-pública, tendo necessariamente um 'sinal público' autorizado pelo Estado, de modo que o qualificativo de público compreende a 'fé', significando que o notário é uma autoridade da sociedade nesse setor, vindo a garantir a certeza e autenticidade naquilo que exara.²⁸⁰

As possibilidades de comportamento lícito nas relações civis, ou seja, as condutas socialmente úteis, sempre merecem a aprovação do Direito. Entretanto existem algumas delas que, mesmo não contrariando a lei, merecem especial atenção e cautela por parte do Direito, pelos efeitos que podem gerar. Seja em razão da transcendência de sua função social e econômica, seja como consequência do valor patrimonial em questão, o certo é que o Direito se vê obrigado a adotar uma política legislativa destinada a tutelar certas situações de maneira especial.²⁸¹

Isso porque há casos em que a mera documentação do comportamento das partes não basta para proteger o direito envolvido. A transcendência do comportamento é tal que não basta o assessoramento profissional de um advogado para que se concretize o negócio, pois a circunstância exige certeza. Assim, recorre-se à fé pública, que, em sentido técnico, é fé imposta pelo legislador à existência material do comportamento que se pretende tutelar.²⁸²

A fé pública não nasce espontaneamente e, como toda situação jurídica, exige, além da lei, um comportamento ou fenômeno que lhe dê origem. No caso do notário, a fé pública nasce do ato notarial. Por outro lado, a dação de fé dota de executividade o ato dos outorgantes, coopera na produção de seus efeitos substantivos e produz, de acordo com a declaração escrita, o consequente resultado

²⁷⁹ VASCONCELOS, Julenildo Nunes e CRUZ, Antonio Augusto Rodrigues da. **Direito notarial**: teoria e prática. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p.02

²⁸⁰ VASCONCELOS, Julenildo Nunes e CRUZ, Antonio Augusto Rodrigues da. **Direito notarial**: teoria e prática. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p.02.

²⁸¹ ZINNY, Mario Antonio. **El acto notarial** (dación de fe). 3ª.Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p.36.

²⁸² ZINNY, Mario Antonio. **El acto notarial** (dación de fe). 3ª.Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p.30.

material.²⁸³ Por dação de fé, entende Mario Antonio Zinny:

[...] A narração do notário que é emitida a pedido de uma das partes, referida a seus próprios atos e outros comportamentos, eventos ou resultados materiais, e instrumentada pelo notário no ato de perceber destinando-se a proporcionar-lhes a fé pública.²⁸⁴

Walter Ceneviva explica que a fé pública corresponde à especial confiança atribuída por lei ao que o delegado faça, com presunção de verdade, afirmando a eficácia de negócio jurídico ajustado com base no declarado ou praticado pelo notário e se relaciona, ainda, com a condição atribuída ao notário, de profissional do Direito.²⁸⁵

Podemos distinguir três elementos que contribuem para a formação da fé pública: a norma que estabelece a qualidade, ou seja, o grau de eficácia dos instrumentos públicos; o poder que compete a quem exerce as funções notariais; e, por último, o valor, que é acreditar que o que vemos é a declaração feita pelo outorgante, a qualidade final de fé.²⁸⁶

As notas ou características desta fé de que fala são: exatidão, que consiste na concordância entre o papel e a realidade jurídica; identidade entre *actum* e *dictum*, o fato e o dito; e integridade, que compreende toda a verdade do que aconteceu e foi dito.²⁸⁷

A fé notarial ou legitimadora explica a função notarial em sua essência, fundamentando diversos aspectos: a) subjetivo, pois sem ela não tem razões de existir o notário como hoje o concebemos; b) funcional, sem ela a função atual careceria de sentido; c) institucional, pois tampouco existiria a instituição notarial com suas características; d) objetivo, o ato notarial não poderia subsistir em suas atuais condições tipificantes de forma e instrumento público autêntico; e) teleológico, pois à certeza e segurança se oporiam a dúvida, com a perda de um instrumento relevante de eficácia; f) de eficácia, a constituição da prova e da forma se veriam

²⁸³ ZINNY, Mario Antonio. **El acto notarial** (dación de fe). 3ª.Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p.31.

²⁸⁴ ZINNY, Mario Antonio. **El acto notarial** (dación de fe). 3ª.Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p.36. Tradução livre do texto: “[...] la narración del notário que es emitida a requerimiento de parte, está referida a sus propios actos y a comportamientos ajenos, acontecimientos de la naturaleza o sus resultados materiales, es instrumentada por el notário em el acto de percibirlos y está destinada a dotarlos de fe pública.”

²⁸⁵ CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada** (Lei n. 8.935/94). 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.30

²⁸⁶ GATTARI, Carlos Nicolas. **Manual de derecho notarial**. Buenos Aires: Depalma, 1997. p.304.

²⁸⁷ GATTARI, Carlos Nicolas. **Manual de derecho notarial**. Buenos Aires: Depalma, 1997. p.305.

privadas de um dos modos destacáveis de existência jurídica transcendente.²⁸⁸

A fé pública não tem apenas o significado de representação exata e correta da realidade, de certeza ideológica, mas também um sentido jurídico, ou seja, evidência e força probante atribuída pelo ordenamento quanto à intervenção do oficial público em determinados atos ou documentos.²⁸⁹

O âmbito de desenvolvimento da fé pública é tão amplo quanto o das relações jurídicas. Existem muitas formas de fé pública: geral, especial, judicial, administrativa e extrajudicial, na qual inserida a fé pública notarial. No entanto, essa diversidade não é obstáculo a considerar que todas as manifestações de fé pública procuram dotar as relações jurídicas de certeza e estabilidade, autenticidade e segurança.²⁹⁰

Neste ponto diverge Carlos Nicolas Gattari, para quem somente a fé pública notarial é fé legitimada, pois é a única regulada pela lei²⁹¹, sendo as demais que intentam equiparar-se, a fé judicial e a fé administrativa – as quais não se encontram positivadas em nenhuma norma legal. Também para este autor, a realidade histórica, legal, sociológica e notarial ensinam que o notário é o único instituído para dar fé em instrumentos determinados e, por isso, a única fé pública é a notarial e a notarial é necessariamente, fé pública legitimada.²⁹²

Partindo da premissa defendida por Mario Zinny, ou seja, separando o ato do notário dos demais, a forma de dar fé está circunscrita na ação de escrever do notário, a qual é objeto de uma especial regulação, inspirada na função de segurança que a dação de fé cumpre em relação aos requisitos específicos do ato notarial, como protocolo, idioma, espaços em branco, dados a serem consignados, etc.²⁹³

Leonardo Brandelli ensina, inclusive, que a classificação dos atos notariais se dá exatamente pela forma exigida para sua prática. O autor denomina os atos notariais principais, referindo-se àqueles lavrados pelo tabelião nos livros notariais, quando o ato

²⁸⁸ GATTARI, Carlos Nicolas. **Manual de derecho notarial**. Buenos Aires: Depalma, 1997. p.306

²⁸⁹ SANDER, Tatiane. **Atividade notarial como função de justiça preventiva**. São Leopoldo: Oikos, 2005. p.66.

²⁹⁰ REZENDE, Afonso Celso Furtado. **Tabelionato de notas e o notário perfeito: direito de propriedade e atividade notarial face a face com o Código Civil 2002**. 4ª. Ed. Campinas: Millennium, 2006, p.30.

²⁹¹ No Brasil, também a fé pública registral encontra tratamento legal, conforme artigo 3º da Lei n. 8.935/1994

²⁹² GATTARI, Carlos Nicolas. **Manual de derecho notarial**. Buenos Aires: Depalma, 1997. p.305.

²⁹³ ZINNY, Mario Antonio. **El acto notarial** (dación de fe). 3ª.ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 55

será formalmente considerado como protocolar; e os atos notariais secundários, praticados fora dos livros notariais os quais, embora haja a intervenção do notário com a prática de um ato notarial de efeito autenticante, são considerados, formalmente, extra protocolares.²⁹⁴

Para o jurista Mario Zinny, nesta perspectiva, o que importa no ato notarial não é a redação do negócio jurídico em si – o que integra apenas a função de assessoramento das partes – mas sim a redação do próprio ato do notário, ainda que as funções de assessoramento e de dação de fé estejam estreitamente vinculadas.²⁹⁵

Em face da finalidade da certeza jurídica que acomete a função notarial, ela se manifesta naturalmente por meio de formas instrumentais, uma vez que o documento apresenta inquestionáveis vantagens no que concerne à perpetuação no tempo do conteúdo do ato, bem como a possibilidade de circulação no comércio jurídico. Leonardo Brandelli afirma que a função do tabelião enquanto técnica é fundamentalmente instrumental; já a face metodológica volta-se para o conselho e consultoria.²⁹⁶

O ato de dar fé consiste em assegurar contra qualquer dúvida a univocidade do ato e essa finalidade se vincula, diretamente, ao tema da interpretação, devendo evitar narração ambígua ou redação confusa. Assim, o ato do notário está basicamente referido: 1) ao negócio; 2) à descrição da situação jurídica que lhe precede. Neste segundo caso, determinam-se: a) os dados pessoais dos comparecentes; b) a investidura dos representantes e órgãos societários; c) a titularidade de quem dispõe de seus bens; d) a posição do disponente e de seus bens a respeito de eventuais credores.

De outro lado, ao presidir os atos jurídicos, o notário também realiza a verificação jurídica dos atos, atuando no sentido de somente produzir atos jurídicos perfeitos, que exauam sua carga eficaz plena, prevenindo assim futuros litígios, como um meio de realização do direito, além de zelar pela autonomia da vontade.²⁹⁷

Ao fazer o controle pré-documental, este profissional atua em distintos momentos: 1º) controle da identidade subjetiva – ao fazer o reconhecimento das partes e sua qualificação; 2º) controle da capacidade – verificar a capacidade e as

²⁹⁴ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.332.

²⁹⁵ ZINNY, Mario Antonio. **El acto notarial** (dación de fe). 3ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 55

²⁹⁶ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.310.

²⁹⁷ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.195.

hipóteses de representação e assistência; 3º) controle da legitimação operativa – se as partes atuam em nome próprio ou alheio e os poderes para a prática dos atos pretendidos; 4º) controle de vontade negocial real – é a verificação da vontade do agente e se os acordos estão em conformidade com os requisitos legais para produção de seus efeitos; 5º) controle da realidade objetiva – realizando a descrição minuciosa com fins a individualizar o objeto do negócio jurídico; 6º) controle da legalidade do conteúdo e forma do ato – analisando os efeitos pretendidos com o ato a ser realizado.²⁹⁸

Ao dar fé do comportamento dos outorgantes, o notário colabora em exteriorizá-lo, de forma mais ou menos intensa de acordo com a imposição ou não da fé pública como requisito de validade do negócio. No primeiro caso, a colaboração alcança o grau de integração formal, que é o um caso de forma complexa²⁹⁹, como, por exemplo, no direito brasileiro, a compra e venda de imóveis com valor superior a trinta salários mínimos.³⁰⁰

O conteúdo da fé pública, independentemente do objeto específico do ato notarial, corresponde à percepção sensorial do notário, ou seja, corresponde a uma declaração enunciativa pela qual o sujeito da declaração – o notário – dá algo a conhecer. E, neste ponto, é necessário distinguir os juízos de essência e existência simplesmente destinados a confirmar a percepção daqueles que se emitem com o único fim de julgar, ou seja, estabelecer um juízo sobre a perfeição do título, as faculdades e poderes das partes, a capacidade dos outorgantes, a autenticidade da firma aposta no documento privado, etc.³⁰¹

Somente é possível autenticar aquilo que é suscetível de percepção sensorial, como, por exemplo, um móvel, um quadro, a presença de uma pessoa, a existência de um automóvel, a emissão de palavras de um sujeito, a entrega de dinheiro. Não se pode perceber o pensamento, a verdade de uma afirmação, a beleza do pôr do sol, as emoções. Pode-se sentir a beleza, podem-se sentir

²⁹⁸ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Direito imobiliário registral na perspectiva civil-constitucional**. Porto Alegre: IRIB: S.A. Fabris, 2004. p.324

²⁹⁹ ZINNY, Mario Antonio. **El acto notarial** (dación de fe). 3ª.Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p.61

³⁰⁰ Art. 108 do Código Civil: Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

³⁰¹ ZINNY, Mario Antonio. **El acto notarial** (dación de fe). 3ª.Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p.65

emoções, porém isso não deve ser confundido com perceber.

[...] a narração de percepções, pelo menos em termos legais requer treinamento, porque a linguagem cotidiana ignora a precisão que requer uma técnica narrativa. [...] Pode perceber-se que uma pessoa manifesta ter recebido dinheiro, e não se pode perceber que esta afirmação é sincera. Eu posso ver que na minha frente está uma pessoa do sexo masculino, de cerca de trinta anos, alto, magro, com vestimenta de cor cinza, e eu não posso perceber que se chama Alberto Fernandez, porque este último é um juízo de notoriedade, ou resultado da exibição de um documento.³⁰²

Sobre os juízos de valor não se estabelece a fé pública, uma vez que a fé pública só afirma que o notário reconheceu a pessoa conforme os documentos apresentados, reconheceu sua capacidade diante de manifestação comportamental, reconheceu sua semelhança física diante de comparação com os arquivos. O conteúdo da fé pública notarial, portanto, somente se dá em relação ao que pode ser objeto de percepção do notário, a qual abrange apenas o que pode perceber com seus sentidos superiores (ver e ouvir)³⁰³ e aquilo que possa ser percebido intersensorialmente, como a data e lugar em que a escritura foi lavrada.³⁰⁴

A certeza, a segurança e a justiça são consideradas como causas do ato do notário de dar fé. Portanto a função jurídica deste ato é dotar de certeza os comportamentos, fenômenos ou resultados do objeto da dação de fé. Assim, se constitui no efeito que o direito lhe fixa, conforme o qual se sujeita a todos.³⁰⁵

Conhecido o duplo aspecto da atuação notarial, importa tratar diretamente dos princípios constitucionais e direitos fundamentais envolvidos nesta atuação, o que veremos no próximo capítulo.

³⁰² ORELLE, José Maria. **Actos e instrumentos notariales**. 1ª. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.p.117. Tradução livre do texto: “[...] la narración de percepciones, al menos en materia jurídica, requiere de un cierto adiestramiento, ya que [...] el lenguaje cotidiano pasa por alto la precisión que requiere una narración técnica. [...] Puede percibirse que una persona manifiesta haber recibido dinero, y no puede percibirse que esa declaración sea sincera. Puedo percibir que delante de mí está una persona de sexo masculino, de aproximadamente treinta años, alto, delgado, con vestimenta color gris, y no puedo percibir que se llama Alberto Fernandez, porque lo último es un juicio de notoriedad, o resultado de la exhibición de un documento.”

³⁰³ Alguns autores argentinos entendem que outros sentidos podem ser considerados e não apenas os superiores, como José Maria Orelle, Carminio Castagno e Antonio Rodriguez Adrados.

³⁰⁴ ZINNY, Mario Antonio. **El acto notarial** (dación de fe). 3ª.Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p.79.

³⁰⁵ ZINNY, Mario Antonio. **El acto notarial** (dación de fe). 3ª.Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p.80. Tradução livre de : “[...] el efecto que el derecho le fija y conforme al cual se nos sujeta a todos [...]”.

CAPÍTULO III

CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ATUAÇÃO NOTARIAL

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos capítulos anteriores foram analisados brevemente os princípios constitucionais balizadores do ordenamento jurídico atual assim como foi observada a constitucionalização do direito privado e a influência dos mandamentos constitucionais em relação aos principais institutos de direito civil. Também foi exposta uma singela fotografia da atividade notarial brasileira.

No presente capítulo, trataremos do papel do notário como intérprete da Constituição, de sua atuação na prevenção de litígios e solução de conflitos, bem como abordaremos alguns exemplos de aplicação dos princípios constitucionais por meio da atuação notarial, como forma de dar efetividade aos direitos fundamentais.

3.2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO NOTÁRIO

Para Peter Haberle³⁰⁶, a teoria sobre a interpretação constitucional sempre se colocou sobre duas questões fundamentais: primeiro, sobre as tarefas e os objetivos da interpretação e, segundo, sobre os métodos hermenêuticos. Diz o autor que nunca se deu importância significativa a uma terceira questão, relativa a quem são os participantes da interpretação. Assevera que a teoria da interpretação constitucional sempre esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade fechada, reduzida à interpretação constitucional dos juízes e dos procedimentos formalizados.³⁰⁷ Para este autor,

³⁰⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 2002, p. 11.

³⁰⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 2002, p. 11.

[...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...] Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.³⁰⁸

Nesta ótica, o papel do legislador é de criar uma parte da esfera pública e da realidade da Constituição, para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais, atuando como precursor da interpretação constitucional. Já os juízes, ou a jurisdição constitucional, são apontados como catalisadores essenciais, embora não únicos, da Ciência do Direito Constitucional, influenciando diretamente a interpretação constitucional, legitimados pelas competências formais previstas no texto da Carta (órgãos estatais vinculados – inclusive legislativo e judiciário) e que atuam de acordo com um procedimento pré-estabelecido.

O autor defende, porém, que a estrita correspondência entre vinculação formal e legitimação para a interpretação perde seu poder quando se considera que interpretação é um processo aberto³⁰⁹ e diz:

A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. [...] Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in publicaction* (personalização da interpretação constitucional).³¹⁰

Para corroborar seu entendimento, aponta que a Teoria da Democracia serve de fundamento para o raciocínio de que:

Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido

³⁰⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13.

³⁰⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 30.

³¹⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 31.

político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. **A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito de cidadania** no sentido da [...] Lei Fundamental.³¹¹ (grifei)

Assim, a interpretação constitucional é uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. Quaisquer grupos e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos, sendo que a conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade. Em relação ao papel do notário como intérprete da Constituição, em sua função preventiva de litígios e de conformação da vontade das partes à realidade jurídica, percebe-se que ele assume essa tarefa e também a de instrumento de efetivação dos princípios constitucionais.

Isso porque, nessa atuação, necessita, por exemplo, verificar qual o direito sucessório (direito público) a ser aplicado em determinado caso concreto, negando ou aceitando formalizar a intenção das partes em distribuir determinada herança exclusivamente ao companheiro (equiparado ao cônjuge) com fundamento na Constituição e contrariamente à ordem sucessória prevista no Código Civil. Cabe a ele também a análise da possibilidade ou impossibilidade de revogação de uma escritura de divórcio que ainda não tenha sido averbada junto ao Ofício de Registro Civil (direito público), cuja questão ultrapassa a seara dos interesses privados.

Da mesma forma, na efetivação dos direitos fundamentais também deve proteger os interesses das partes quando se pretenda formalizar o procedimento de inventário de propriedade imobiliária localizada no Brasil, cujo autor da herança tenha nacionalidade estrangeira (direito internacional). Em todos esses casos, antes da edição da Lei nº 11.441/2007³¹², que possibilitou a separação, divórcio e inventários pela via extrajudicial, somente o Juiz possuía legitimidade para aplicar ou para verificar qual o direito aplicável ao caso concreto.

Isso não quer dizer, no entanto, que suas funções tenham se modificado com a edição desta lei. Porém, houve uma ampliação significativa de sua

³¹¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 37

³¹² Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm

competência para que o notário pudesse contribuir de forma mais ativa e efetiva na concretização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Nesse ponto, um fundamento que merece ser destacado, para responder a questão da legitimidade do notário no papel de concretizador dos princípios constitucionais por meio da atuação protegida pela Lei nº 11.441/2007³¹³, diz respeito ao entendimento de Peter Haberle: nesse caso, podemos considerar o notário legitimado pela Teoria da Democracia e pela sociedade aberta dos intérpretes da Constituição para atuar como verdadeiro intérprete constitucional.

Ao considerarmos válida a tese de Peter Haberle, de que todos os cidadãos são potencialmente intérpretes da Constituição, e considerando que o papel do notário, embora de aconselhamento e prevenção de litígios, seja o de formalizar juridicamente a vontade das partes em um ato notarial, temos que na verdade, os atores diretamente interessados no ato notarial em questão – divórcio ou inventário por exemplo – é que assumem por si próprios a tarefa de interpretar a Constituição. São eles, no momento da lavratura do ato, os verdadeiros participantes do processo de interpretação constitucional.

Por outro lado, ao notário cabe o controle da legalidade da manifestação de vontade. Cabe, segundo Leonardo Brandelli, fundado no princípio da juridicidade: qualificar juridicamente essa vontade, criando o instrumento jurídico adequado à produção de seus efeitos e fins jurídicos. Nessa tarefa, o notário não pode acatar manifestações de vontade contrárias ao direito.³¹⁴

Ao notário cabe a tarefa de realizar um ato notarial perfeito, no sentido de que a escritura lavrada possa atingir sua plena eficácia, como ato jurídico perfeito, válido, existente e eficaz, pois assume a condição de assessor jurídico das partes, aconselhando-as acerca das consequências jurídicas do ato a ser celebrado, qual o seu alcance e quais os efeitos que ele produzirá. É nesse ponto que se revela o papel do notário como verdadeiro intérprete constitucional, pois, na tarefa de conformar a vontade das partes à realidade jurídica, deve conformá-la, em primeiro

³¹³ Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm

³¹⁴ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, p.149.

plano, com a realidade constitucional, com a principiologia constitucional, principalmente diante do argumento de Peter Habermas de que:

Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material “subsiste” sem interpretação constitucional por parte do juiz. [...] Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.³¹⁵

Da mesma forma, lembre-se de que o papel de intérprete constitucional deferido a todos os cidadãos e também ao notário não retira do juiz, do Poder Judiciário, a interpretação autêntica, formal, ou seja, havendo conflito entre as partes, podem elas socorrer-se das vias judiciais.

Por óbvio existem outros atores e intérpretes da sociedade aberta preconizada por Peter Habermas que contribuem nesse processo, porém, óbvio também é que o notário não só pode ser incluído na lista de intérpretes constitucionais como exerce papel fundamental de transformador da realidade constitucional. Neste exercício, atua como conselheiro jurídico das partes, na medida em que orienta e prepara o ato notarial para que possa produzir todos os efeitos no mundo jurídico, calcados nos fundamentos e princípios constitucionais.

3.3 ACESSO À JUSTIÇA E ATUAÇÃO NOTARIAL

A vinculação existente entre acesso à justiça e atuação notarial acompanha a própria história do direito e pode ser justificada partindo-se da análise de acesso à justiça feita por Julia Mota, para quem a expressão é de difícil definição, pois deve abranger todos os meios a que se destina a um fim, tanto a reivindicação dos direitos dos cidadãos, quanto a solução de litígios sob os auspícios do Estado.

³¹⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 42

Desta forma, o sistema deve proporcionar a todos e deve ainda produzir resultados justos.³¹⁶

E acrescenta, fundamentada em Cappelletti:

O “acesso à justiça” não é mais tido apenas como o mero direito do cidadão de acesso ao Judiciário, pois de nada adianta permitir o seu acesso e não dar condições para que se obtenha uma sentença justa e um processo imparcial. Mauro Cappelletti informa que, provavelmente, o primeiro reconhecimento explícito do dever do Estado de assegurar igual acesso à justiça – pelo menos quando as pessoas estejam na Justiça –, foi com o Código Austríaco de 1895, que atribuiu ao juiz o papel ativo para equalizar as partes. Passados todos esses anos de evolução, em busca da melhor maneira de assegurar a justiça para todos, a tendência moderna está desenvolvendo o direito social como forma de acesso através dos direitos fundamentais de ação e defesa. Como afirma Mauro Cappelletti, o acesso à justiça é o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos –, de um sistema jurídico moderno e igualitário que deseja assegurar, e não apenas proclamar os direitos de todos.³¹⁷

Pedro Manoel Abreu esclarece que os principais obstáculos a uma ordem jurídica justa estão ligados: à desigualdade socioeconômica, que por sua vez dificulta o acesso ao Direito e ao Judiciário além de tornar flagrante a desigualdade material entre as partes; à deficitária organização judiciária nos Estados, acarretando a morosidade processual, geradora de descrença; aos fatores sociais e culturais relacionados também com as desigualdades econômicas, que geram, entre outros efeitos, a desinformação da massa da população acerca de seus direitos; aos entraves políticos e técnicos, como a burocratização do Judiciário; aos entraves processuais, que reclamam instrumentos adequados e céleres e técnica processual que efetivamente realize direitos e solucione os conflitos, além de assistência jurídica integral, entre outros.³¹⁸

E acrescenta:

³¹⁶ MOTA, Julia Claudia Rodrigues da Cunha. **As novas formas de acesso à justiça** (desjudicialização). São Paulo: Faculdade Autônoma de Direito, 2009. p.18. Disponível em http://www.fadisp.com.br/download/turma_m4/julia_claudia_rodrigues_da_cunha_mota.pdf. Acesso em 12/09/2012.

³¹⁷ MOTA, Julia Claudia Rodrigues da Cunha. **As novas formas de acesso à justiça** (desjudicialização). São Paulo: Faculdade Autônoma de Direito, 2009. p.18. Disponível em http://www.fadisp.com.br/download/turma_m4/julia_claudia_rodrigues_da_cunha_mota.pdf. Acesso em 12/09/2012.

³¹⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico de consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.p.54-76

Consoante Roberto Aguiar, o não-funcionamento de um poder ou serviço, sempre prejudica alguns e beneficia outros. Nessa perspectiva, a eficácia, às vezes, é sinônimo de prejuízo, e a competência pode levantar problemas anteriormente insuspeitados. Assim, a incompetência, a lentidão, o atraso podem se constituir em úteis instrumentos de exercício de poder, de manutenção de interesses e de manutenção de um entendimento discutível da norma posta. Logo, a crise operatória ou mesmo estrutural, para uns, é a eficácia de manutenção de situações, para outros.³¹⁹

Além disso, pondera que a invasão do direito no mundo contemporâneo tem feito crescer a regulação da vida social, inclusive no que diz respeito a institutos de natureza estritamente privados, ocasionando a judicialização das relações sociais e fazendo com que o Poder Judiciário se comprometa cada dia mais com a análise dos novos direitos³²⁰.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, a crise da Justiça, representada principalmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo, põe imediatamente em realce o primeiro objetivo almejado pelo renascer da conciliação extrajudicial: a racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados de conciliação, ainda que facultativos.³²¹ A informalização da Justiça significa acatar espaços jurisdicionais alternativos e desenvolver mecanismos consensuais de justiça em espaços comunitários.³²² Com essa informalização, cresce a desjuridificação, ou seja, a adesão a meios informais de solução de controvérsias.³²³

A pedra de toque de um novo modelo de administração da justiça é, assim, a consequente criação de um sistema integrado de resolução de litígios que assente na promoção do acesso ao direito pelos cidadãos e permita vencer as barreiras sociais, econômicas e culturais que obstem à

³¹⁹ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico de consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.p.67

³²⁰ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico de consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.p.86

³²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **A conciliação extrajudicial no quadro participativo**. In: Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.p.282.

³²² FABIÃO, Marcelo Poppe de Figueiredo. **O acesso à justiça e a efetividade**: instrumentos extrajudiciais de solução e prevenção de conflitos. Disponível em <http://portal.estacio.br/media/2476195/marcelo%20poppe%20figueiredo%20fabi%C3%A3o.pdf>. Acesso em 13/09/2012.

³²³ FABIÃO, Marcelo Poppe de Figueiredo. **O acesso à justiça e a efetividade**: instrumentos extrajudiciais de solução e prevenção de conflitos. Disponível em <http://portal.estacio.br/media/2476195/marcelo%20poppe%20figueiredo%20fabi%C3%A3o.pdf>. Acesso em 13/09/2012.

sua resolução. Assim, o acesso à justiça deve ser entendido como o acesso à entidade (ou terceiro) que os litigantes considerem mais legítima e adequada para a resolução do seu litígio e defesa dos seus direitos. Ora, esse terceiro tanto pode ser o tribunal como qualquer instância que cumpra essa finalidade. A questão fundamental é que a terceira parte escolhida pelo cidadão para resolver o seu litígio não lhe seja imposta, mesmo que sutilmente, pelas estruturas sociais, mas corresponda, pelo contrário, ao meio mais acessível, próximo, rápido e eficiente de tutela dos seus direitos.³²⁴

Pela desjuridificação e informalização é possível a solução de conflitos com desapego da fórmula de ganhar-perder evitando assim os desgastes emocionais e incentivando o diálogo direto para encontrar uma resposta adequada em cada caso³²⁵. Nesse ponto, segundo Águeda Luiza Crespo, ao considerarmos a ideia de que uma Justiça lenta constitui a própria negação da ideia de Justiça, podemos observar que a eficiência, a celeridade, a certeza, a economia, a privacidade, que são próprias da atividade notarial, quando se compara com a pesada e gravosa burocracia judicial, constituem por si só embasamento suficiente para reabrir um debate do qual pode e devem surgir melhores soluções.³²⁶

Partindo da premissa de que tudo o quanto se refira ao direito em seu caráter de controvérsia ou anormalidade é missão própria dos Tribunais de Justiça, tudo quanto se refere à representação ou exteriorização da vida do direito em seu caráter de normalidade deveria portanto ser finalidade própria do notariado.³²⁷

Agueda Crespo, traçando um paralelo entre a atividade judicial, que intervém de forma reintegradora diante da existência de interesses contrapostos, e a atividade notarial, cuja intervenção é preventiva e onde há ausência de conflito, pondera acerca da ideia de que todos os procedimentos de jurisdição voluntária

³²⁴ FABIÃO, Marcelo Poppe de Figueiredo. **O acesso à justiça e a efetividade**: instrumentos extrajudiciais de solução e prevenção de conflitos. Disponível em <http://portal.estacio.br/media/2476195/marcelo%20poppe%20figueiredo%20fabi%C3%A3o.pdf>. Acesso em 13/09/2012.

³²⁵ FABIÃO, Marcelo Poppe de Figueiredo. **O acesso à justiça e a efetividade**: instrumentos extrajudiciais de solução e prevenção de conflitos. Disponível em <http://portal.estacio.br/media/2476195/marcelo%20poppe%20figueiredo%20fabi%C3%A3o.pdf>. Acesso em 13/09/2012.

³²⁶ CRESPO, Agueda Luisa. **La función notarial y la jurisdicción voluntaria**. Revista del Notariado. Buenos Aires, Colegio de escribanos de la Capital Federal, septiembre-octubre 1982, 785 Disponível em www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/44434.pdf Acesso em 19/02/2013.

³²⁷ CRESPO, Agueda Luisa. **La función notarial y la jurisdicción voluntaria**. Revista del Notariado. Buenos Aires, Colegio de escribanos de la Capital Federal, septiembre-octubre 1982, 785 Disponível em www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/44434.pdf Acesso em 19/02/2013.

poderiam ser transferidos à atuação notarial, reservando-se à atividade judicial, a atuação afeta à jurisdição contenciosa.³²⁸

E pondera que as matérias próprias da jurisdição voluntária se referem a assuntos em que o litígio está ausente e onde o direito se desenvolve de forma pacífica onde, o interesse geralmente está ligado a obter uma declaração de certeza que pode ser oferecida naturalmente pela atuação notarial.³²⁹

No Brasil, são exemplos de ampliação da atuação extrajudicial tendo por base esse raciocínio: a) Lei nº 8.560/92 que trata da facilitação do estabelecimento da paternidade perante os serviços de registro civil; b) Lei nº 9.514/97, que versa sobre os procedimentos de notificação do devedor e leilão extrajudicial nos contratos de alienação fiduciária; c) Lei nº 10.931/2004, que possibilita a retificação administrativa dos registros imobiliários; d) Lei 11.481/2007 que dispôs sobre a regularização fundiária para zonas especiais de interesse social; as quais são responsáveis pela abertura do caminho da regularização fundiária extrajudicial no Brasil e possibilitaram que os Tribunais, nesses casos, ficassem restritos aos conflitos de interesse, às lides, e que, por sua vez, os cartórios extrajudiciais passassem a atuar na prevenção de litígios e na homologação de acordos, solucionando rapidamente os problemas.

Também nessa linha, nasceu a Lei 11.441/2007³³⁰, a qual pretendeu afastar do Judiciário questões relativas à mera administração da Justiça, entre as abrangidas pelos chamados procedimentos de Jurisdição Voluntária, ao possibilitar a lavratura de escritura pública para os casos de inventário, separação e divórcio, nos casos que disciplinou, ou seja, diante da ausência de conflito e de partes menores ou incapazes. Para esses casos, referida lei dispensou a homologação

³²⁸ CRESPO, Agueda Luisa. **La función notarial y la jurisdicción voluntaria**. Revista del Notariado. Buenos Aires, Colegio de escribanos de la Capital Federal, septiembre-octubre 1982, 785 Disponível em www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/44434.pdf Acesso em 19/02/2013.

³²⁹ CRESPO, Agueda Luisa. **La función notarial y la jurisdicción voluntaria**. Revista del Notariado. Buenos Aires, Colegio de escribanos de la Capital Federal, septiembre-octubre 1982, 785 Disponível em www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/44434.pdf Acesso em 19/02/2013.

³³⁰ Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11441.htm

judicial, tornando a escritura pública respectiva, título hábil para a averbação da mudança do estado civil e para a transferência da propriedade dos bens partilhados.

De acordo com Karin Regina Rick Rosa, essa lei facilita extremamente o procedimento para os atos nela previstos e ao mesmo tempo alivia a carga do Judiciário, permitindo-lhe deixar de lado providências meramente homologatórias para dedicar-se com mais profundidade à solução rápida e justa de processos litigiosos³³¹.

Bem se nota que o legislador deu realce à autonomia da vontade das partes e por isso lhes permite a dispensa de comparecimento a juízo e afasta os rigores da burocracia forense para a celebração de um ato notarial que visa tão-somente a cancelar a vontade das partes na finalização da sociedade conjugal inerente ao casamento.³³²

Na mesma linha, estuda-se a ampliação da aplicação desta Lei para os mesmos procedimentos referidos, que envolvam também partes menores ou incapazes, com a previsão de participação do Ministério Público e, ainda, a possibilidade de lavratura de escritura pública mesmo diante da existência de testamento, assim como tramita projeto de desjudicialização dos processos de usucapião, todos paralelos à discussão de reforma do Código de Processo Civil.³³³

A adoção dessa sistemática no ordenamento jurídico brasileiro, além de ser viável, é compatível com o princípio da função social da propriedade, da duração razoável do processo e da segurança jurídica. Os serviços notariais e de registro, no Brasil, estão capacitados para absorver essa premente demanda. [...] Vem crescendo a necessidade de serem disponibilizados à população mecanismos que oportunizem a realização do direito através de instrumentos céleres, ágeis, acessíveis e de menor custo econômico [...] enquanto instrumento destinado à promoção da dignidade social à população do país, notadamente àquelas pessoas mais carentes de recursos econômicos.³³⁴

³³¹ ROSA, Karin Regina Rick. **Adequada atribuição de competência aos notários**. In CAHALI, Francisco José; FILHO, Antônio Herance; ROSA, Karin Regina Rick; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. *Escrituras públicas – Separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: análise civil, processual civil, tributária e notarial* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 54

³³² MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **O poder de disposição nas relações familiares**. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) *Diálogos sobre direito civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.538

³³³ Tramitação do projeto disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267> Acesso em 19/02/2013.

³³⁴ PAIVA, João Pedro Lamana. **Novas perspectivas de atos notariais**: Usucapião extrajudicial e sua viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. In: IDEAL *Direito Notarial e Registral*. São Paulo: Quinta Editorial, 2010, p.66.

Marco Antonio Greco Bortz cita ainda outras possibilidade de atuação notarial, como a mudança de regime de bens, prevista no artigo 1.639 do Código Civil³³⁵, que pode ser revista e conduzida pelo notário³³⁶, inclusive por ser ele o responsável pela elaboração da escritura de pacto antenupcial. Também a adoção de pessoas maiores de idade poderia voltar à competência dos notários, na forma como acontecia sob a égide do Código Civil de 1.916³³⁷. E complementa que no processo civil existem inúmeras hipóteses a considerar, tanto de jurisdição voluntária como em processos cautelares, execução hipotecária, alienação de bens, verificação e abertura do testamento cerrado, entre outros, cuja atuação notarial poderia aliviar a carga processual, inclusive no que se refere à produção de provas, por meio da ata notarial³³⁸.

Por fim, pondera Luiz Carlos Weizenmann que a substituição de determinadas funções administrativas exercidas pelo judiciário por sua atribuição aos notários atende ainda aos preceitos da Emenda Constitucional 45/2004, que tratou da Reforma do Poder Judiciário no que se refere aos fatores de eficácia e eficiência na solução dos conflitos.³³⁹

3.4 ATUAÇÃO NOTARIAL E AS SITUAÇÕES SUBJETIVAS DE CARÁTER PATRIMONIAL E DE CARÁTER EXISTENCIAL

Percebida a importância da atuação notarial no cenário jurídico social, seja por sua função preventiva de litígios, seja pelo caráter público de garantidor de segurança jurídica por meio da fé pública notarial e, tendo por verdadeira a premissa de que o notário, nessa dupla função atua também como intérprete da Constituição

³³⁵ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento. § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

³³⁶ BORTZ, Marco Antonio Greco. **A desjudicialização**— um fenômeno histórico e global. *In* Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.107.

³³⁷ BORTZ, Marco Antonio Greco. **A desjudicialização**— um fenômeno histórico e global. *In* Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.107.

³³⁸ BORTZ, Marco Antonio Greco. **A desjudicialização**— um fenômeno histórico e global. *In* Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.108

³³⁹ WEIZENMANN, Luiz Carlos Weizenmann. **A escritura pública decorrente da lei 11.441/07 e seu registro**. *In* TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coord.) Novo direito imobiliário e registral — São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 290

e como instrumento de efetivação do direito de acesso à Justiça, faz-se pertinente analisar objetivamente alguns aspectos direta ou indiretamente envolvidos na atuação notarial que concretizem os ditames constitucionais.

Grande parte do que chamamos de situações jurídicas de caráter existencial está representada pela concretização dos direitos da personalidade, em sua correspondência direta com os direitos fundamentais conforme já tratamos no primeiro capítulo, com fundamento no pensamento de Pietro Perlingieri.

A atuação notarial concretizadora dessa proteção pode ser observada em diversas situações jurídicas submetidas ao tabelião, seja por meio de escrituras de reconhecimento de paternidade, de emancipação dos filhos, por atas notariais de constatação que podem constituir meio de prova tanto de situações jurídicas de caráter ou com repercussões na seara existencial quanto de situações jurídicas de cunho eminentemente patrimonial.

Já os atos notariais que se referem às situações jurídicas de caráter patrimonial estão refletidos em todos aqueles inseridos no campo da liberdade contratual, da autonomia da vontade, da livre disposição de bens e direitos. E, por isso, estão ligados ao aspecto econômico do desenvolvimento do país. A tarefa do notário, nesse aspecto, é lavrar os atos notariais requeridos pelas partes, em consonância com os princípios da boa fé objetiva, do equilíbrio econômico do contrato e da função social para concretizar o princípio da solidariedade, conforme já tratamos, observando ainda entre os direitos patrimoniais disponíveis, o tratamento específico a ser conferido aos direitos pessoais e reais.

A ideia de tratar especificamente de alguns assuntos com maior evidência ou relevância na atualidade constitucional não significa excluir a importância do dia a dia notarial nem esgotar outras possibilidades de atuação do tabelião diretamente relacionadas aos direitos fundamentais e princípios constitucionais, mas tem o condão de demonstrar que a participação notarial na vida privada a cada dia ganha novos contornos e maior importância.

3.4.1. Autenticação e reconhecimento de firma por autenticidade

A atuação notarial efetiva e concreta relativa aos direitos da personalidade inicia, de forma simplória, por meio dos dois atos notariais mais conhecidos da população em geral: a autenticação de documentos³⁴⁰ e o reconhecimento de firma³⁴¹.

Os contornos essenciais a respeito da autenticação de documentos foram tratados no item relativo à fé pública notarial, concretizadores da certeza e segurança jurídica que se revela por meio do ato de dar fé, nesse caso, ao constatar que a cópia extraída confere com o original. Mas em que sentido podemos dizer que o ato notarial de autenticação de documentos traduz proteção jurídica a alguma situação jurídica de caráter existencial?

Para Leonardo Brandelli, em primeiro lugar a autenticação notarial permite que um documento possa ter várias cópias fiéis juridicamente e por isso pode ser utilizado simultaneamente para várias finalidades.³⁴² Em segundo lugar, a tranquilidade, a segurança e o ganho temporal e econômico que podem significar uma cópia autenticada por tabelião de notas, no sentido da circulação e confiabilidade dos documentos traduzem o básico exercício da cidadania.

A expressão da verdade contida neste ato notarial e em atestar a autoria da assinatura lançada em um documento, por meio do reconhecimento de firma, constitui a garantia de que o cidadão necessita para praticar os mais diversos atos da vida cotidiana, seja para requerer a ligação da energia elétrica em sua residência, seja para comprovar a colação de grau perante Universidades, seja para concorrer a uma vaga nas creches públicas, para adquirir ou alienar um veículo, para contratar a prestação de serviços, entre outros atos do dia a dia civil no campo da normalidade do direito.

³⁴⁰ Autenticação notarial é a afirmação escrita do Tabelião que se refere a documentos privados em que certifica, com fé pública, que as cópias apresentadas possuem conteúdo idêntico ao documento original. Faz prova tanto do conteúdo do documento original quanto de sua existência.

³⁴¹ Reconhecimento de firma é o ato notarial que atesta que a assinatura lançada em algum documento privado é de determinada pessoa. Faz prova da data do documento e da autoria das assinaturas nele lançadas.

³⁴² BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, p.453

Além disso, o reconhecimento de firma autêntico ou verdadeiro³⁴³ tem por objetivo proteger os direitos da personalidade, evitando a ação de fraudadores principalmente quando a pessoa que assina o documento é deficiente visual ou tem a capacidade civil reduzida, tendo em vista o valor ou importância do ato ou negócio jurídico contido no documento que vai assinar e necessita comparecer perante um notário. De acordo com os princípios já tratados, o tabelião deve prestar a orientação jurídica necessária para, mesmo sem conferir validade ao ato ou negócio jurídico³⁴⁴, verificar a real intenção da parte diante da manifestação de vontade contida no documento.

3.4.2 Constituição de novos grupos familiares a partir de escrituras públicas declaratórias de união estável, inclusive homoafetivas

Desde a Constituição Federal, as estruturas familiares adquiriram novos contornos.³⁴⁵ Nas codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção, sendo que os demais vínculos familiares eram condenados à invisibilidade. A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou a abrangência da família e, assim, o princípio do pluralismo das entidades

³⁴³ Aquele em que a assinatura constante no documento foi aposta na presença do notário e que identificando o indivíduo, através de seus documentos civis, declara que a assinatura é de quem a lançou.

³⁴⁴ "a *presunção de veracidade acobertada pela fé pública do oficial só atinge aos elementos de formação do ato e à autoria das declarações das partes, e não ao conteúdo destas mesmas declarações. Pela verdade das afirmações feitas perante o oficial, só mesmo os autores delas são os responsáveis.*" THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 1*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 446.

³⁴⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

familiares significa o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.³⁴⁶

Ensina Perlingieri:

[...] o sangue e o afeto são razões autônomas para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar.³⁴⁷

A partir dessa nova visão da família, considerada como sendo o fenômeno da livre associação afetiva entre as pessoas e de cuja visão se afasta a ideia de instituição forçada³⁴⁸, vemos por reflexo, na realidade social, a proliferação de grupos familiares formados a partir de diversas constituições afetivas, inclusive por relações homoafetivas. Superada a antiga discussão acerca da proteção jurídica da união estável entre homem e mulher, representa uma mudança de paradigma a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, a partir da qual restaram reconhecidas e protegidas as uniões homoafetivas, de cuja ementa extrai-se:

Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.³⁴⁹

A esse respeito, Luis Roberto Barroso, em trabalho específico sobre o tema, ensina que por serem fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um o papel do Estado é de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação.³⁵⁰ Daí a necessidade de

³⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.66

³⁴⁷ (2002, p.244)

³⁴⁸ BRAGA, Luiz Felipe Nobre. **O conceito hiperbólico, existenciário e potestativo de família**. In Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Vol. 30. Out/Nov.2012. Porto Alegre: Magister, p.114.

³⁴⁹ Inteiro teor do Acórdão disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20111018-02.pdf

³⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/casos-homoafetivas-diferentes-iguais.pdf>. Acesso em 16/09/2012.

conformação jurídica desses grupos familiares, seja pelo puro e simples reconhecimento jurídico, seja por questões ligadas à previdência social, planos de saúde, seguro de vida, entre outros aspectos.

Ao notário cabe conceber um instrumento jurídico capaz de traduzir a proteção e segurança necessária ao livre exercício do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como fixar as bases fundamentais do relacionamento, sob o ponto de vista existencial e patrimonial, tendo por base a conformação dada à união estável, hoje com previsão expressa no Código Civil.³⁵¹ A função do notário é também solidificar a existência de um direito, sem a necessidade de recorrer ao Judiciário para assegurá-lo, e com essa atribuição tem um papel de extrema relevância para resguardar os direitos dos casais que vivem uma união homoafetiva.

Se por um lado, é garantida proteção a essas entidades familiares, independentemente de formalização por escritura pública, por outro, a união estável é uma situação de fato, que normalmente não se exterioriza por intermédio de um título e, por isso, a atuação notarial traz maior segurança jurídica às partes envolvidas na medida em que pode deixar expresso, como forma preventiva de litígios, as cláusulas pelas quais a união se regerá, a data de início e dissolução, inclusive para prevenir questões de caráter patrimonial com terceiros de boa-fé. Com a escritura pública desnecessária se fará a intervenção judicial para o reconhecimento da existência da união e dos direitos dela decorrentes.

Maria Berenice Dias ressalta que os tabeliães adquiriam um papel fundamental, pois permitiram algo de enorme significado, que é dar publicidade à existência da união e também comprovar a existência do vínculo que, em face do preconceito, geralmente é discreto. Para se buscar qualquer direito, como ser nomeado inventariante, representar o companheiro hospitalizado, buscar algum tipo de benefício previdenciário como dependente ou até para buscar um benefício por morte, a comprovação é necessária. Se não há um documento comprovando a existência da união, o casal terá que ir à Justiça para entrar com uma ação declaratória da existência da união. Em muitos casos os parentes negam a existência desta união, e o casal pode ainda esbarrar em uma Justiça

³⁵¹ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

preconceituosa. A escritura pública é a segurança de um documento que prova a existência da união, que daí se torna indiscutível, uma vez que houve manifestação de vontade.³⁵²

A escritura pública constitutiva e/ou declaratória de união homoafetiva, além de dar fé pública à declaração que os conviventes fazem de sua relação (antiga, atual ou pretendida), pode conter disposições relativas ao patrimônio do casal, ao regime de bens que pretendem adotar, disciplinar a administração dos bens comuns e particulares, tutelar a relação a respeito de eventual prole, ou ainda dispor sobre providências relativas a tratamento médico em caso de eventual incapacidade futura de um ou de ambos os conviventes.

Ao atuar na proteção jurídica da família, o notário confere aos conviventes, seja em relação à união estável entre homem e mulher ou entre pessoas do mesmo sexo, o direito ao exercício da cidadania, que é fundamento da República, concretizando o princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, exercendo um papel constitucional.

3.4.3 Limites da representação legal de filhos menores e a atuação notarial

No direito brasileiro, são as pessoas titulares das relações jurídicas.³⁵³ Essa premissa decorre da ideia de personalidade que Farias e Rosenvald³⁵⁴ definem como sendo um atributo inerente a qualquer ser humano, um valor jurídico que a ele se reconhece e que se materializa na capacidade jurídica. De acordo com o mesmo autor, enquanto a personalidade, ou seja, ser pessoa natural, exprime a ideia de potencialidade para ser sujeito de direitos, a capacidade jurídica pode ser definida como sendo a possibilidade do sujeito atuar no plano concreto, sendo titular de direitos e exercitando por si próprio essa faculdade.

³⁵² Entrevista ao Jornal do Notário. Informativo do Colégio Notarial do Brasil Seção São Paulo – Ano XII, nº 135, março 2010, p. 27. Disponível em <http://www.cnbsp.org.br/arquivos/Jornal/jornalmarco.pdf>

³⁵³ Lei 10.406/2002 – Código Civil: Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

³⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 6ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.105

Portanto todo ser humano é portador da capacidade jurídica, porém nem todas as pessoas têm a capacidade de exercício, sendo considerada incapaz a pessoa que, naturalmente portadora da capacidade de direito, não tem a plena capacidade de exercício.³⁵⁵

Ensina Rodrigues que para nosso sistema a capacidade plena é a regra, sendo excepcional a sua limitação, que se origina de fatores como a idade e o estado de saúde da pessoa.³⁵⁶ Segundo ele o regime de incapacidade foi criado com o objetivo de proteger as pessoas e seu patrimônio, uma vez que o contrário significaria a ruína de seus próprios interesses, pois a deficiência na compreensão dos atos da vida civil, seu alcance e consequências pode ser mais ou menos profunda.

Pondere-se, inicialmente, que ao definir a representação legal, o legislador impôs ao representante, um dever jurídico. Dever esse vinculado aos interesses do representado no que diz respeito aos seus direitos patrimoniais. Esse é o entendimento de Farias e Rosenvald, que criticam a teoria das incapacidades adotada pelo Código Civil e, especialmente, a justificativa legislativa de que a proteção do incapaz é fruto de sua falta de discernimento para administrar pessoalmente os seus interesses, tomando o conceito em sentido exclusivamente patrimonial.³⁵⁷ Asseveram que o legislador deixou de lado as situações existenciais, afastando um sujeito da titularidade de seus direitos, obstando-lhe a prática de quaisquer atos, por tutela exclusiva dos interesses patrimoniais em detrimento de seus interesses existenciais.

Para esses autores, inclusive motivados pelo que chamam de novo direito civil constitucional, não se pode transferir ao representante legal a disponibilidade

³⁵⁵ DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso moderno de Direito Civil**, vol. 1. 4. ed. São Paulo: Nelpa, 2009, p.94

³⁵⁶ RODRIGUES, Rafael Garcia. **A pessoa e o ser humano no código civil**. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 p.14

³⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 6ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.215

dos direitos da personalidade do representado, tanto mais quando, em relação às crianças, adotou-se a teoria da proteção integral.³⁵⁸

Ao dispor sobre a incapacidade absoluta dos menores de 16 anos³⁵⁹ o Código Civil nomeou-lhes como representante legal aqueles que estejam, em relação a eles, no exercício do poder familiar.³⁶⁰

Da mesma forma, em relação aos menores relativamente incapazes³⁶¹, estabeleceu o legislador que sejam os mesmos assistidos pelos pais, ressaltando-se que a assistência difere da representação em relação a considerar a vontade do incapaz absoluta ou relativamente relevante para a prática do ato³⁶², falando-se em representação quando a vontade é irrelevante e, em assistência, quando deve o menor relativamente incapaz praticar o ato com a ratificação pelo assistente.

Todas as pessoas que tiverem a saúde mental comprometida, a ponto de excluir-se ou reduzir-se seu discernimento, nos termos judicialmente declarados, absoluta ou relativamente incapazes, estarão sujeitos à representação ou assistência, por curador nomeado pelo juiz.³⁶³

Percebe-se que a representação legal ou assistência do mentalmente incapacitado para os atos da vida civil não ocorre de forma automática, como nos casos de incapacidade fundada no critério cronológico, mas exige o reconhecimento

³⁵⁸ Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civil, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

³⁵⁹ Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

³⁶⁰ Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

[...] V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

³⁶¹ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

³⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 6ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 209

³⁶³ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

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

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

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

[...] II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

judicial da causa geradora da incapacidade por meio de sentença proferida em ação de interdição.³⁶⁴

Como regra geral, a manifestação de vontade por representante legal que exceda aos limites impostos pela lei não produz efeitos em relação ao representado, podendo implicar em nulidade absoluta ou relativa do negócio jurídico formalizado pelo representante, que será pessoalmente responsabilizado. Além disso, o novo Código Civil tratou do abuso de direito, definindo-o, em seu artigo 187³⁶⁵, como qualquer exercício de um direito que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, sendo certo que pode ser aplicado também em relação à representação legal, como norma genérica de fundamento de sua anulabilidade e da responsabilização civil e penal do representante.

Entende Pietro Perlingieri, que o caráter existencial da personalidade não pode ser considerado como abrangido entre os poderes conferidos ao representante legal ou, *contrario sensu*, que os direitos da personalidade do incapaz não podem ser limitados pela ausência de capacidade de exercício. Justifica que:

[...] a contraposição entre capacidade e incapacidade de exercício e entre capacidade e incapacidade de entender e de querer, principalmente nas relações não-patrimoniais, não corresponde à realidade: as capacidades de entender, de escolher, de querer são expressões da gradual evolução da pessoa que, como titular de direitos fundamentais, por definição não transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem o seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a um progressivo cumprimento a programática inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais.³⁶⁶

Sob outro aspecto, como regra geral, pode-se dizer que a representação legal, no que diz respeito ao patrimônio do representado, abrange apenas os poderes de administração, sendo que, em relação aos especiais – alienar, hipotecar

³⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 6ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 214.

³⁶⁵ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 260

e transigir –, da mesma forma que ocorre no contrato de mandato³⁶⁷, exige a lei poderes especiais e expressos.

Não sendo possível ao representado, em virtude da incapacidade, manifestar vontade acerca de tais poderes especiais, somente por meio de autorização judicial será praticado um negócio jurídico de tal natureza. Tal imposição se aplica para o exercício do poder familiar, com a ressalva de que a autorização judicial será dada mediante a comprovação da necessidade ou evidente interesse do representado³⁶⁸ e, ainda, para o exercício da tutela³⁶⁹ e da curatela.³⁷⁰

Na administração dos bens dos menores [...] os pais devem zelar pela preservação do patrimônio que cuidam, impedindo que seja reduzido. Os pais poderão celebrar contratos de locação e adquirir outros bens, devendo defender o patrimônio dos menores em juízo, quando for o caso. A conservação abrange o pagamento dos impostos e encargos que recaírem sobre tais bens³⁷¹.³⁷²

Há casos, porém, em que o negócio jurídico é benéfico ao representado, como no caso de compra e venda de ascendente para descendente, em que o próprio descendente comprador é incapaz. Neste caso, não podem os pais atuarem simultaneamente como vendedores e como representantes legais do incapaz, por

³⁶⁷ Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 1º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.

³⁶⁸ Art. 1.691. Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

³⁶⁹ Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz:

I - pagar as dívidas do menor;

II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;

III - transigir;

IV - vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido;

V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.

Parágrafo único. No caso de falta de autorização, a eficácia de ato do tutor depende da aprovação ulterior do juiz.

³⁷⁰ Art. 1.774. Aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes.

³⁷¹ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Família**. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). Novo código civil comentado. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, Art. 1.511 a 1.783. p.1.831

³⁷² Outro limite aos poderes de administração do patrimônio dos filhos, de caráter objetivo, refere-se aos bens expressamente excluídos, conforme disciplina o artigo 1.693 do Código Civil³⁷², cuja regra pretende evitar: a) que o pai (ou a mãe) reconheça o filho com o único propósito de se beneficiar com a administração de seus bens; b) que os pais se aproveitem dos bens adquiridos com o exercício da atividade profissional do maior de 16 anos; c) que viole cláusula imposta em doação ou testamento; d) que possam administrar bens dos filhos adquiridos por sucessão em que foram excluídos, sob pena de ineficácia da pena de indignidade ou deserdação. (DINIZ, 2007, p.525).

evidente conflito de interesses, já que a fixação do preço e das condições específicas da compra e venda ficará ao arbítrio de somente uma das partes.

Para a hipótese, o tabelião deverá observar a necessidade de nomeação de curador ao menor, que proteja seus interesses e verifique as vantagens da compra e venda em relação a este, sendo nomeado pelo Juiz, especificamente para a prática do ato conflitante.

Outro tópico relevante é a questão do exercício do poder familiar, ou seja, a quem cabe a representação legal decorrente do poder familiar. Cabe aos pais, diz o ordenamento jurídico³⁷³, sendo unânime também que a um deles na falta do outro. Porém, para todos os atos de representação legal ou mesmo de assistência, exige-se a presença e assinatura de ambos, para suprir o consentimento?

Veja-se que à primeira vista este tema não revela grandes implicações, porém, na vida prática, alguns óbices se estabelecem, quando, por exemplo, necessita-se da assistência dos pais para a venda de veículo (ou outro bem móvel) de propriedade do relativamente incapaz. A assinatura deste, no contrato de compra e venda ou, simplesmente, no recibo de transferência de veículo, pode ser assistida apenas pela mãe? Apenas pelo pai? Exige-se a assistência de ambos?

A autoridade parental deve ser exercida em conjunto pelos pais, não mais havendo nenhum tipo de prevalência de um dos genitores sobre o outro, como existia quando da vigência do Código Civil de 1916, que instituiu o pátrio poder, como exclusividade do homem. Diante da normatividade do Princípio da Igualdade, ambos os pais passaram a exercer em igualdade de condições o múnus determinado pela lei.³⁷⁴

Com relação ao exercício do poder familiar, eram duas as alternativas possíveis para que não se desrespeitasse o preceito constitucional: estabelecer o exercício do poder familiar ao pai e a mãe conjuntamente, ou permitir que qualquer um deles o exercesse isoladamente, sem excluir o direito do outro. Optou o

³⁷³ Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

[...] V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

³⁷⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; **Autoridade parental**. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO: Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, Capítulo 10, p.259.

legislador pela primeira alternativa nos termos do artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁷⁵:

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

A própria lei traz os mecanismos necessários no caso de discordância do exercício do poder familiar dos pais, devendo a autoridade judiciária competente solucionar a divergência (parte final do artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente). No caso de uma alienação de imóveis, por exemplo, os pais devem não só requerer a autorização judicial para a alienação como também comparecer na escritura para representar ou assistir o menor. Na aquisição, não obstante o patrimônio do menor estar aumentando, os pais têm, no exercício do poder familiar, o direito de decidir sobre a viabilidade da aquisição.³⁷⁶

Complementa o entendimento a posição de Comel, que questiona inclusive a constitucionalidade do *caput* do artigo 1.634 do Código Civil:

Por sua vez, a sujeição ativa ao poder familiar independe do estado dos pais, a despeito do contido na primeira parte do *caput* do art. 1.631 do CC: "Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais...". Aliás, a redação desta primeira parte do artigo se afigura adaptação grosseira e não refletida do revogado art. 380, do CC/1916, substituída, apenas, a expressão pátrio poder por poder familiar, e incluída a união estável. A toda evidência, não parece ter sido acertado colocar, nas disposições gerais sobre o poder familiar e já no segundo artigo, que o poder familiar compete aos pais durante o casamento e a união estável.

Se a própria CF, também o CC, concebem outras formas de constituição de família que não apenas a oriunda do matrimônio e da união estável, se o artigo anterior do próprio Código estabelece que os filhos menores (sem qualquer distinção, ou seja, todo e qualquer filho) estão sujeitos ao poder familiar, enfim, se todos os filhos são iguais em direitos e obrigações, havidos ou não da relação de casamento (CF, art. 227, par. 6o), não poderia, de modo algum, ter o legislador estabelecido como disposição

³⁷⁵ MELO, Marcelo Augusto Santana de. **O poder familiar e os atos notariais e de registro**. Disponível em www.trib.org.br/html/boletim/boletim-iframe.php?be=3363 Acesso em 19/02/2013

³⁷⁶ MELO, Marcelo Augusto Santana de. **O poder familiar e os atos notariais e de registro**. Disponível em www.trib.org.br/html/boletim/boletim-iframe.php?be=3363 Acesso em 19/02/2013

geral, e em primeiro plano, que ele compete aos pais durante o casamento e a união estável.³⁷⁷

A conclusão lógica, então, é a de que quaisquer atos jurídicos que envolvam de qualquer forma a manifestação do exercício do poder familiar, nas hipóteses de representação legal, devem conter a anuência do pai e da mãe do representado ou assistido e, caso a pátria potestade seja exercida somente por um dos pais, deve o ato conter a razão do não comparecimento do outro, em razão da perda, destituição ou extinção do poder familiar, ou em razão do falecimento.

Outra discussão relevante refere-se às seguintes questões: podem os pais representar a filha, com 14 anos de idade, em escritura pública declaratória de união estável? Podem os pais negar consentimento ao tratamento médico, transfusão de sangue, por exemplo, necessário ao incapaz, sob a alegação de objeção de consciência religiosa? A resposta a essas indagações deve partir, primeiramente, da questão da proteção ao interesse do incapaz, interesse qualificado pelo caráter existencial de sua personalidade.

Quanto à primeira situação, pode-se dizer que sendo possível, em casos excepcionais, o casamento de menor com 14 anos de idade e, considerando o grau de maturidade apresentado pela adolescente, bem como a situação fática que pode se apresentar como já consolidada e, ainda, o bem-estar físico, emocional e intelectual, como pessoa em desenvolvimento, a resposta acerca da possibilidade de declarar a união estável deve ser positiva se considerada sob a nova ótica do direito civil constitucional.

Porém podem os pais dispor dessa forma dos direitos da personalidade da menor, sem a necessidade de autorização judicial? Pode o tabelião lavrar o ato na forma apresentada? Tais poderes podem ser considerados como inseridos nos limites da representação legal? Entende Perlingieri, que o caráter existencial da personalidade não pode ser considerado como abrangido entre os poderes conferidos ao representante legal ou, *contrario sensu*, que os direitos da

³⁷⁷ COMEL, Denise Damo. **Poder familiar**: titularidade. Inconstitucionalidade da primeira parte do caput do art. 1.631 do Código Civil. Disponível em [http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Denise_Damo_Comel/\(Inconstitucionalidade%201_252%20parte%20art%201631%20CC\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Denise_Damo_Comel/(Inconstitucionalidade%201_252%20parte%20art%201631%20CC).pdf) Acesso em 19/02/2013

personalidade do menor incapaz não podem ser limitados pela ausência de capacidade de exercício. Justifica que:

[...] a contraposição entre capacidade e incapacidade de exercício e entre capacidade e incapacidade de entender e de querer, principalmente nas relações não-patrimoniais, não corresponde à realidade: as capacidades de entender, de escolher, de querer são expressões da gradual evolução da pessoa que, como titular de direitos fundamentais, por definição não-transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem o seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a um progressivo cumprimento a programática inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais.³⁷⁸

Da mesma forma, quanto ao tratamento de saúde urgente, não podem os pais dispor sobre o direito à vida do incapaz, não cabendo a eles negar o consentimento quando tal procedimento se mostra necessário à garantia de sua própria existência e, mesmo quando expressamente negado, cabe ao médico aplicar o princípio da beneficência e salvar a vida do incapaz, considerando que faltando a este a autonomia privada, a negativa de consentimento pelos pais excede os limites da representação legal. Não havendo tempo para se buscar a autorização judicial, sob pena de por em risco a vida do paciente, a opção deve ser por salvá-lo.

Na atuação dos representantes, impõe também observar a boa-fé objetiva nas relações familiares, a qual se materializa no dever de cuidado, no dever genérico de proteção, que passa a ser entendido, na nova doutrina civilista como um valor jurídico que envolve a priorização da afetividade, da solidariedade e da responsabilidade dos pais em relação aos seus filhos.³⁷⁹ Deve a boa-fé objetiva impor, de um lado, deveres de conduta e de outro estabelecer consequências jurídicas para a hipótese de descumprimento de tais deveres, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.4.4 A função notarial e a proteção das pessoas idosas

³⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p.260.

³⁷⁹ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de família e o princípio da boa fé objetiva**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 137.

A prática de atos notariais envolvendo pessoas idosas é tão comum quanto complexas são as suas relações. Todos os dias, seja para nomear procurador que o represente perante os órgãos de previdência social, seja para vender bens, doar seu patrimônio aos filhos, ou fazer seu testamento, a pessoa idosa comparece a uma serventia notarial, em grande parte das vezes sem assistência de alguém que possa lhe esclarecer sobre as reais vantagens ou desvantagens de sua manifestação de vontade.

Importa observar que o estatuto protetivo do idoso cria vários tipos penais, entre eles alguns diretamente envolvidos com a atividade notarial. São eles: a) o ato de discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu direito de contratar ou exercer qualquer direito necessário ao exercício da cidadania³⁸⁰; b) recusar, retardar ou dificultar atendimento³⁸¹; c) apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso (admitindo participação)³⁸²; d) induzir pessoa idosa, sem o discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente³⁸³; e) coagir, de qualquer modo, o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração³⁸⁴ e, finalmente, a conduta típica do notário, f) lavrar ato notarial que envolva pessoa idosa sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal³⁸⁵.

Veja-se que o discernimento é o elemento fundamental no que se refere aos atos que ele venha a praticar.

Discernir significa, em suma, a possibilidade conferida – ou não – a cada pessoa para decidir com base em distinções, em avaliação de conseqüências, em ponderação de fatos, circunstâncias e valores. Do discernimento nasce a compreensão, a imputabilidade (pressuposto à

³⁸⁰ Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade.

³⁸¹ Art. 100. Constitui crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa: III – recusar, retardar ou dificultar atendimento ou deixar de prestar assistência à saúde, sem justa causa, a pessoa idosa;

³⁸² Art. 102. Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade.

³⁸³ Art. 106. Induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente.

³⁸⁴ Art. 107. Coagir, de qualquer modo, o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração.

³⁸⁵ Art. 108. Lavrar ato notarial que envolva pessoa idosa sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal.

atribuição de responsabilidade) e, por conseqüência, a responsabilidade, motivo pelo qual o sujeito autônomo é o sujeito responsável.³⁸⁶

O discernimento necessário a diversos atos negociais nem sempre é revelado no primeiro contato. Nem sempre o idoso tem a noção exata do que pretende e é nesse contexto que o notário deve atuar para proteger os interesses especiais de pessoas especiais. O grau de discernimento, segundo Judith Martins Costa, pode variar segundo diversos elementos, funcionais e conjunturais, podendo estar presente em certos atos e situações e totalmente ausente em outras.³⁸⁷ “Assim, o que qualifica a vontade é o discernimento, pois é este que nos faz capazes de avaliar as conseqüências de nossos atos e ter consciência da correlata responsabilidade advinda de sua prática”.³⁸⁸

Nesse ponto, verifica-se que, apesar do tipo penal específico, de um modo geral ao idoso não se pode negar a prática das contratações, porém, também como regra geral, tem o notário o dever de verificar se a pessoa idosa que comparece para a outorga de uma procuração, por exemplo, tem o discernimento necessário para praticá-lo. Essa percepção do entendimento deve ser analisada sob diversos aspectos, inclusive considerando que a presença de eventual parente ou acompanhante da pessoa idosa possa estar exercendo coação, sob alguma forma, ainda que velada.

A linha que separa o tipo penal de “discriminar a pessoa idosa dificultando a contratação” do ato de “lavrado ato notarial que envolva pessoa sem discernimento” é muito tênue e, por essa razão, caso a caso deverá ser avaliada a situação que se apresentar, e o ponto de equilíbrio nesta avaliação deve ser o bom senso e a experiência do profissional do direito que, por meio de questionamentos simples sobre aspectos pessoais do idoso, como indagar o nome de sua mãe, sua data de nascimento, aumentando a complexidade das perguntas poderá convencer-se ou

³⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Capacidade para consentir e esterilização de mulheres.** In MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.320.

³⁸⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade.** São Paulo: Atlas, 2010, p.320.

³⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Capacidade para consentir e esterilização de mulheres.** In MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Org.) Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.320.

³⁸⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade.** São Paulo: Atlas, 2010, p.50.

não de sua capacidade de discernimento e, na dúvida, justificada por motivos objetivos, poderá exigir a comprovação da saúde mental atestada por médico.³⁸⁹

Assim, a proteção dos direitos dos idosos é dever do notário e, neste contexto, cabe ao tabelião esclarecer e orientar que a idade, o mero envelhecimento não é sinônimo de incapacidade. Deve-se sempre garantir que as pessoas idosas tenham o tratamento adequado, com toda a dignidade, respeito e consideração que lhes são devidos, inclusive com atendimento especializado, resguardando as preferências legais que lhes são atribuídas, como prioridade na fila e instalações adequadas às dificuldades de locomoção inerentes à idade.³⁹⁰

3.4.5 Disposições antecipadas de vontade

Em linhas gerais, dispor antecipadamente sobre a própria vontade refere-se ao ato de uma pessoa capaz que, prevendo sua futura e eventual incapacidade, por moléstia grave ou acidente que a impeça de manifestar a sua vontade, declara, antecipadamente, o que pretende seja providenciado em relação ao tratamento de sua doença, à sua forma de viver ou de morrer, às exéquias, à doação de seus órgãos, ao destino do seu corpo, entre outras disposições, podendo no mesmo ato, nomear representante ou curador para tratar desses e de outros assuntos relativos a interesses não patrimoniais.³⁹¹

A admissão das disposições ou diretivas antecipadas de vontade no direito brasileiro tem fundamento direto no princípio da dignidade da pessoa humana e especialmente, no direito à vida³⁹², à liberdade de ação³⁹³, à integridade física³⁹⁴, à

³⁸⁹ No Rio de Janeiro tabelião sofreu processo administrativo instaurado pela Corregedoria Estadual em virtude da exigência de atestado de sanidade mental para todas as pessoas maiores de 60 anos. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-out-02/cartorio_acusado_exigir_atestado_sanidade. Acesso em 20/02/2013.

³⁹⁰ FISCHER, José Flavio Bueno. **Capacidade civil da pessoa idosa**. Disponível em <http://www.Fischer.not.br/?p=621>. Acesso em 20/02/2013.

³⁹¹ ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **Vida digna: Direito, Ética e Ciência** (Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos) *In* ROCHA, Carmem Lucia (Coord). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 137

³⁹² Constituição Federal. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

³⁹³ Constituição Federal Art. 5º. II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

liberdade de crença religiosa³⁹⁵, e nos direitos da personalidade, previstos no Código Civil, já tratados no segundo capítulo.

A participação do notário em atos desta natureza – decidir sobre a vida e sobre a própria morte – surgiu com o testamento, inicialmente na perspectiva de fazer valer sua vontade última, a respeito da distribuição de seu patrimônio aos herdeiros e legatários, quando de seu falecimento.

Segundo Pontes de Miranda o testamento:

é o ato pelo qual a vontade de um morto cria, transmite ou extingue direitos. Porque “vontade de um morto cria” e não “vontade de um vivo para depois da morte”? Quando o testador quis, vivia. Os efeitos, sim, com serem dependentes da morte, somente começam a partir dali. Tanto é certo que se trata de querer de vivo, que direitos há (excepcionalíssimos, é certo) que podem partir do ato testamentário e serem realizados desde esse momento. Digamos, pois, que o testamento é o ato pelo qual a vontade de alguém se declara para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, criar, transmitir ou extinguir direitos.³⁹⁶

O testamento, em todas as suas modalidades e, especialmente, o testamento público, tem suas formalidades definidas pelo Código Civil³⁹⁷. Porém é importante que se destaque sua característica de ato personalíssimo, essencialmente revogável e, principalmente, gerador de efeitos para depois da morte do testador.

³⁹⁴ Constituição Federal Art. 5º. III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

³⁹⁵ Constituição Federal Art. 5º. VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

³⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, LVI, p.59

³⁹⁷ Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público: I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos; II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial; III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião. Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma. Art. 1.865. Se o testador não souber, ou não puder assinar, o tabelião ou seu substituto legal assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e, a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias. Art. 1.866. O indivíduo inteiramente surdo, sabendo ler, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas. Art. 1.867. Ao cego só se permite o testamento público, que lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento.

Quanto ao seu conteúdo, embora mais comum que se trate de disposições patrimoniais, sua conformação jurídica atual admite que o testamento verse sobre conteúdo exclusivamente não patrimonial³⁹⁸ e é exatamente por meio dessa faculdade legal que se deu o primeiro passo para se reconhecer a validade jurídica do conteúdo do que se convencionou chamar de testamento vital ou biológico.³⁹⁹

Esse termo começou a ser utilizado no Brasil em virtude do direito comparado⁴⁰⁰, porém, em função de que o testamento é instituto jurídico apto a produzir efeitos após a morte, convencionou-se que melhor seria utilizar a expressão “diretivas antecipadas de vontade” ou “declaração vital ou biológica”⁴⁰¹, uma vez que é feito para gerar efeitos futuros, em vida, durante o período de eventual incapacidade de seu declarante. Outro ponto a considerar para esse raciocínio é o fato de que não se exige forma solene para a declaração vital, podendo inclusive ser feita por instrumento particular, sem a necessidade de testemunhas, ao contrário do testamento.

As diretivas antecipadas de vontade recentemente ganharam maior destaque na seara jurídica nacional em virtude da edição de Resolução do Conselho Federal de Medicina que regulamentou a ortotanásia⁴⁰², confirmando as perspectivas dos direitos fundamentais de quarta geração ou quarta dimensão⁴⁰³, no que diz respeito aos novos direitos surgidos com as inovações tecnológicas e científicas no campo da medicina e, especialmente da engenharia genética⁴⁰⁴.

³⁹⁸ Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento. § 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

³⁹⁹ TARTUCE, Flavio. **A questão do testamento vital ou biológico.** In LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.407

⁴⁰⁰ TARTUCE, Flavio. **A questão do testamento vital ou biológico.** In LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.407

⁴⁰¹ TARTUCE, Flavio. **A questão do testamento vital ou biológico.** In LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.416

⁴⁰² Resolução 1805 de 2006 e 1995 de 2012 do Conselho Federal de Medicina com inteiro teor disponível em <http://portal.cfm.org.br/>. Acesso em 20/02/2013

⁴⁰³ Conforme tratamos no primeiro capítulo.

⁴⁰⁴ São exemplos desse progresso científico: “a socialização do tratamento médico, a emancipação do paciente e a necessidade de imposição de padrões de moralidade e ética aos procedimentos

Nesse ponto, importa destacar que é objeto da Bioética em conjunto com os demais ramos do direito “enfrentar o difícil equacionamento da fórmula: autodeterminação do paciente terminal x relevância jurídica da objeção de consciência do profissional de saúde x a liberdade x o direito à vida”⁴⁰⁵ e, por essa razão, essa breve exposição não tem a pretensão de firmar qualquer posição sobre as divergências nesse campo, mas tão somente demonstrar a importância da participação do notário nos atos de disposição antecipada de vontade.

No que se refere ao direito à vida digna e o direito a uma morte digna, como sendo o fundamento principal dessas antecipações de vontade, pondere-se que o atributo constitucional da dignidade da pessoa humana é que deve determinar as condutas de uma pessoa no decorrer de sua vida.

A tutela constitucional à vida não pode, pois, restringir-se apenas ao imperativo de se manter vivo ou no dever de viver, pois poderia levar ao extremo de impor ao ser humano um dever de sofrimento. É por isso que surgem outras posições, defendendo que dentro dessa tutela à vida estaria compreendida a qualidade de vida ou a dignidade da vida.⁴⁰⁶

Segundo Carmem Lucia Rocha, a dignidade da pessoa humana pressupõe o direito a uma existência digna e, assim, para os casos em que a existência não demonstre condições de dignidade da pessoa, o sistema deveria considerar o direito à morte.⁴⁰⁷

José Afonso da Silva argumenta que o conceito de existência digna envolve vários aspectos, de natureza material e moral⁴⁰⁸, os quais podem servir de fundamento para o desligamento de equipamentos médicos em casos de

médico-cirúrgicos como parâmetros de delimitação da Bioética, que surge com o compromisso de prover o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida no planeta.” MELO, Beatrice e Moura Erbolato; AMARAL, Sergio Tibiriçá do. **Testamento de vida como instrumento apto para alcançar o direito a uma morte digna.** In Revista de Direito Notarial. Ano 2. N. 2. São Paulo. QuartierLatin, 2010. p.149.

⁴⁰⁵ MELO, Beatrice e Moura Erbolato; AMARAL, Sergio Tibiriçá do. **Testamento de vida como instrumento apto para alcançar o direito a uma morte digna.** In Revista de Direito Notarial. Ano 2. N. 2. São Paulo. Quartier Latin, 2010. p.150.

⁴⁰⁶ MELO, Beatrice e Moura Erbolato; AMARAL, Sergio Tibiriçá do. **Testamento de vida como instrumento apto para alcançar o direito a uma morte digna.** In Revista de Direito Notarial. Ano 2. N. 2. São Paulo. Quartier Latin, 2010. p.150.

⁴⁰⁷ ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **Vida digna: Direito, Ética e Ciência (Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos)** In ROCHA, Carmem Lucia (Coord). O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.166

⁴⁰⁸ SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998

prolongamento da vida de forma artificial.⁴⁰⁹ É preciso considerar que o homem, ao adoecer, pode não temer, necessariamente, a proximidade da morte mais do que a imposição de determinados tratamentos que lhe causem sofrimento. Se é certo que a medicina já encontrou meios e luta constantemente por evitar o sofrimento para a mãe e para a criança por ocasião do nascimento – priorizando o nascer sem sofrimento, também por ocasião da morte deve o paciente que se deparou com um mal incurável, ter autonomia para dispor do melhor meio de alcançar o fim natural, segundo suas próprias convicções pessoais e religiosas.⁴¹⁰

A respeito da morte, alguns conceitos devem ser esclarecidos no tocante à conduta médica diante do paciente. O primeiro deles diz respeito à eutanásia, termo que vem sendo utilizado para descrever “a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida de pessoa que se encontra em grave sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva de melhora”⁴¹¹ ou a facilitação da morte promovida pelos profissionais da área da saúde⁴¹². A eutanásia é proibida por nosso ordenamento jurídico, embora conhecida como crime caritativo ou homicídio piedoso pelo fato de ser motivado por piedade ou compaixão, diante de doença incurável, insuportabilidade do sofrimento e inutilidade do tratamento.

O segundo conceito importante para esse estudo é o de distanásia, que significa “o prolongamento do processo de morte, por meio artificial, o que traz sofrimento para o paciente”⁴¹³, sendo considerada uma agonia prolongada que origina a morte com sofrimento físico ou psicológico, designando a forma de prolongar a vida de modo artificial, desproporcional e sem perspectiva de cura ou melhora.

⁴⁰⁹ MELO, Beatrice e Moura Erbolato; AMARAL, Sergio Tibiriçá do. **Testamento de vida como instrumento apto para alcançar o direito a uma morte digna**. In Revista de Direito Notarial. Ano 2. N. 2. São Paulo. Quartier Latin, 2010. p.154

⁴¹⁰ FERREIRA, Paulo Gaiger. **As diretivas antecipadas de vontade no Brasil**. Realidade e prática notarial. Apresentação do tema no XIV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO NOTARIAL E DE REGISTRO, realizado de 18 a 21 de novembro de 2012, em Salvador/BA. <http://www.anoreg.org.br/congresso/?pagina=programacao> Acesso em 19/02/2013.

⁴¹¹ MELO, Beatrice e Moura Erbolato; AMARAL, Sergio Tibiriçá do. **Testamento de vida como instrumento apto para alcançar o direito a uma morte digna**. In Revista de Direito Notarial. Ano 2. N. 2. São Paulo. Quartier Latin, 2010, p.159

⁴¹² TARTUCE, Flavio. **A questão do testamento vital ou biológico**. In LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.407

⁴¹³ TARTUCE, Flavio. **A questão do testamento vital ou biológico**. In LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.408

E, por último, a ortotanásia, situação oposta à distanásia, cuja filosofia pauta-se numa busca por morrer com dignidade.

A ortotanásia seria, então, a morte correta, alcançada mediante abstenção, suspensão ou limitação de todo o tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional, ante a iminência da morte do paciente, morte esta que não se busca (pois o que se pretende é humanizar o processo de morrer, sem prolongá-lo abusivamente) nem se provoca (já que resultará da própria enfermidade da qual o sujeito padece).⁴¹⁴

Também é possível dispor, por meio da diretiva antecipada de vontade, sobre outros direitos existenciais inerentes à pessoa, inclusive pelo fato de que pode estar ela acometida de doença que lhe impeça de manifestar vontade, porém não necessariamente em estado terminal. É o famoso caso de Jean-Dominique Bauby, editor da Revista Elle, que foi acometido por uma síndrome rara, conhecida como síndrome do encarceramento, que deixou seu corpo totalmente paralisado, embora tenha preservado totalmente sua lucidez. Ele só podia movimentar o olho esquerdo e nessa condição aprendeu a se comunicar com sua enfermeira de forma que acabou editando um livro, posteriormente transformado no filme homônimo: O escafandro e a borboleta⁴¹⁵.

Nesta situação, não tivesse o jornalista aprendido um meio de comunicação, estaria totalmente impossibilitado de manifestar sua vontade, de decidir entre os tratamentos médicos disponíveis, sobre o local em que desejava permanecer o resto de sua vida, sobre providências importantes para a adaptação à nova realidade que experimentou. Apesar da raridade dessa doença, infelizmente qualquer pessoa pode ser vítima de acidente incapacitante a esse nível e pode, ao menos, minimizar os efeitos indesejados deixando expresso em prontuário médico, documento particular, ou instrumento público a sua vontade, de forma antecipada e preventiva. Nessa linha, o notário poderá colaborar na formulação das cláusulas essenciais a serem observadas pelos médicos e pela família nessas situações.

A partir dessa breve exposição e dos conceitos acima apresentados conseguimos compreender os aspectos gerais que envolvem o direito de decidir

⁴¹⁴ MELO, Beatrice e Moura Erbolato; AMARAL, Sergio Tibiriçá do. **Testamento de vida como instrumento apto para alcançar o direito a uma morte digna**. In Revista de Direito Notarial. Ano 2. N. 2. São Paulo. Quartier Latin, 2010. p.161

⁴¹⁵ Resenha disponível em <http://www.recantodasletras.com.br/resenhasdefilmes/1051356Critica> Acesso em 18/02/2013

viver dignamente e também decidir morrer com dignidade (ortotanásia), optar por todos os meios disponíveis para o prolongamento da vida (distanásia) ou ainda, decidir pela própria morte (eutanásia)⁴¹⁶, tendo por fundamento o que dispõe o artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e o artigo 15 do Código Civil: “ninguém poderá ser constrangido a submeter-se, com risco de vida a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Some-se a isso, a autonomia privada, como sendo o direito que a pessoa tem de regulamentar os seus próprios interesses, decorrentes dos princípios constitucionais e, ainda, o Código de Ética Médica que dispõe sobre o dever do médico de:

Oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente, ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.⁴¹⁷

A tarefa do notário, em relação às diretivas antecipadas de vontade, é preparar e auxiliar o declarante a respeito de todas as cláusulas possíveis, no sentido de orientar os profissionais médicos sobre suas escolhas relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos, bem como para as situações clínicas irreversíveis e terminais, determinando ao médico que propicie ao declarante todos

⁴¹⁶ Proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme já exposto, mas aplicável em alguns países. Em relação à Europa, continente que mais avançou na discussão, a eutanásia é hoje considerada prática legal na Holanda e na Bélgica. Em Luxemburgo, está em vias de legalização. Holanda e Bélgica agiram em cadeia: a primeira legalizou a eutanásia em abril de 2002 e a segunda, em setembro do mesmo ano. Na Suécia, é autorizada a assistência médica ao suicídio. Na Suíça, país que tolera a eutanásia, um médico pode administrar uma dose letal de um medicamento a um doente terminal que queira morrer, mas é o próprio paciente quem deve tomá-la. Já na Alemanha e na Áustria, a eutanásia passiva (o ato de desligar os aparelhos que mantêm alguém vivo, por exemplo) não é ilegal, contanto que tenha o consentimento do paciente. A Europa é o continente mais posicionado em relação à eutanásia, mas é provável que o Uruguai tenha sido o primeiro país a legislar sobre o assunto. O Código Penal uruguaio, que remete à década de 1930, livra de penalização todo aquele que praticar “homicídio piedoso”, desde que conte com “antecedentes honráveis” e que pratique a ação por piedade e mediante “reiteradas súplicas” da vítima.

⁴¹⁷ Artigo 41 da Resolução 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina: que regulamentou o Novo Código de Ética Médica. Disponível em http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009-&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122 Acesso em 20/02/2013.

os cuidados paliativos apropriados, evitando a dor e o sofrimento físico, moral e espiritual.⁴¹⁸

Poderá neste ato dispor, por exemplo: a) sobre o desligamento de aparelhos, em caso de ser declarado um quadro irreversível de melhora ou do qual resulte sequelas e ainda, esgotadas todas as possibilidades de vida sem a ajuda de aparelhos⁴¹⁹; b) se porventura for diagnosticada gravidez, sobre os procedimentos que devem ser tomados para salvar o feto; c) sobre autorização de utilização de seu material genético para tratamento de seus familiares; d) sobre autorização de utilização de seu sêmen, já depositado em banco próprio, para fecundação com óvulo de eventual esposa, dispondo sobre a gestação poder ser feita por outra pessoa, familiar ou não, e em que prazo; e) sobre os critérios de diagnóstico de sua doença, exigindo a constatação por outros médicos não participantes das equipes de remoção e transplante; f) sobre sua posição em relação à vida digna, entendendo ou não que a sua vida termina quando, em face de um diagnóstico médico seguro, não terá mais a possibilidade de se manifestar e viver em estado de saúde com moléstia irreversível, sem a perspectiva de cura e com dor ou dependente de aparelhos ou no denominado “estado vegetativo”, pois isso significaria a negação de sua vida, de sua dignidade, de sua honra, da imagem que deseja ter em vida e na posteridade; g) sobre autorizar que sejam ou não realizadas cirurgias que prolonguem a sua vida, mas lhe subtraíam a possibilidade de manter uma vida estritamente normal; h) sobre autorizar que sofra ou não amputação de qualquer de seus membros; i) se caso mantido vivo e inconsciente por mais de um período, autorize ou não a eutanásia, se permitida pelo ordenamento legal ou, o seu transporte para país onde a legislação a permita.⁴²⁰

Poderá eleger representante para decidir tudo o que seja relativo ao seu tratamento médico, às disposições relativas de sua saúde e vida, onde este

⁴¹⁸ FERREIRA, Paulo Gaiger. **Minuta de escritura pública de diretivas antecipadas de vontade e outras disposições**. Disponível em <http://blog.26notas.com.br/?p=6536>. Acesso em 19/02/2013.

⁴¹⁹ Código de Ética Médica: É vedado ao médico: Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

⁴²⁰ FERREIRA, Paulo Gaiger. **Minuta de escritura pública de diretivas antecipadas de vontade e outras disposições**. Disponível em <http://blog.26notas.com.br/?p=6536>. Acesso em 19/02/2013.

mandatário deverá agir nos estritos termos deste ato, ou quando haja omissão, segundo os seus próprios critérios, podendo autorizar o desligamento de aparelhos ou a suspensão e interrupção de tratamentos degradantes ou inúteis, o que será apurado segundo decisão de seu mandatário. Para, quando de seu falecimento, obter junto a qualquer médico, clínica ou hospital a integralidade de seu prontuário médico, para agir visando a autorizar necropsia ou autópsia, ou vedá-las, autorizar o transporte de seus restos mortais e liberar o corpo de hospitais ou necrotérios para os funerais, podendo dispor ainda, sobre o termo inicial e final da atuação do mandatário.⁴²¹ Por fim, é possível dispor ainda, sobre a doação dos órgãos que possam ser aproveitados e sobre a cremação de seu corpo e demais solenidades relativas ao funeral.

Pondere-se que embora não se exija formalidade especial, podendo algumas dessas disposições ser objeto de anotação no próprio prontuário médico ou por declaração em qualquer documento particular, é com a participação notarial que a validade do documento trará maior segurança ao próprio declarante e sua família, já que entre as atribuições do notário em relação a redação de qualquer instrumento público, encontra-se a verificação da livre manifestação de vontade, atendendo aos elementos e requisitos gerais de validade e eficácia dos atos e negócios jurídicos. Além disso, a fé pública notarial dotará o instrumento de certeza e segurança jurídica.

Todas essas disposições referem-se diretamente aos direitos da personalidade, cuja orientação jurídica notarial ao declarante deverá ser pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e cujo instrumento público possa alcançar validade e eficácia concreta sobre as escolhas da própria vida, compreendendo não um dever de viver, mas o direito de viver com dignidade.

3.4.6 A escritura pública e a segurança jurídica na circulação de bens

⁴²¹ FERREIRA, Paulo Gaiger. **Minuta de escritura pública de diretivas antecipadas de vontade e outras disposições**. Disponível em <http://blog.26notas.com.br/?p=6536>. Acesso em 19/02/2013.

A modernidade, facilidade e velocidade com que as relações jurídicas se perfectibilizam no momento atual transfere ao direito a responsabilidade de acompanhar esse ritmo e, no tocante ao direito preventivo, seara de atuação notarial, os problemas são cada vez mais complexos e delicados.

No que se refere ao tráfico imobiliário moderno, diversos são os desafios, pois há de desenvolver-se com instrumentos que garantam rapidez e confiabilidade tanto sobre a titularidade quanto sobre o direito que pretende formalizar, de modo que o comprador fique tranquilo quanto à segurança jurídica da aquisição.⁴²² Por esse motivo, o sistema aquisitivo adotado pelo Código Civil brasileiro⁴²³ impõe a existência do título, que pode ser uma escritura pública ou um instrumento particular, a depender das circunstâncias, e de seu respectivo registro perante o Ofício de Registro Imobiliário.

O negócio jurídico de transmissão da propriedade ou constituição de direitos reais sobre imóveis organiza-se em função de normas de direito civil que também sofreram a influência direta do princípio da dignidade humana, conforme já tratamos, visando à proteção do adquirente, sob o ponto de vista da segurança jurídica, cuja transação imobiliária e a própria propriedade ficam submetidos ao princípio da função social.

Nesse aspecto, ao lavrar uma escritura pública de compra e venda de imóveis, o notário atua diretamente recebendo a manifestação de vontade das partes e sua intenção negocial, desenvolvendo uma atividade que envolve: a) adequar a vontade das partes ao tipo jurídico de contrato conveniente em cada caso, ajustando as características do direito transmitido ao conteúdo econômico das

⁴²² EGUREN, Rafael Arnáiz. **Uma reflexão pessoal sobre a função notarial no tráfico sobre imóveis**. Sua relação com as distintas modalidades de organização da segurança preventiva. *In* DIP, Ricardo (coord); ARRUDA, Álvaro Pinto de. (et al.). Porto Alegre: Fabris: IRIB, 2005, p.204

⁴²³ Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código. Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. § 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel. Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo. Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule. Parágrafo único. Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.

faculdades que o adquirente pretende exercer; b) criar o acordo com os interesses de ambas as partes, com imparcialidade, mesmo diante da superioridade econômica de uma delas; c) atuar de acordo com as exigências em matéria de tributação, normativas estaduais, direito urbanístico, investimentos estrangeiro, etc., e; d) advertir as partes acerca das consequências do descumprimento ou dispensa de quaisquer requisitos e da possível ineficácia do negócio.⁴²⁴

O maior interesse nesse tipo de ato notarial refere-se, portanto, a conferir a segurança jurídica necessária à transmissão da propriedade ou direito real envolvido e, neste ponto, importante destacar a tarefa do notário em perfectibilizar à boa-fé do comprador, no intuito de proteger a confiança depositada pelo adquirente nas informações fornecidas pelo alienante.

Isso porque a jurisprudência vem se consolidando no sentido de que o comprador deve demonstrar que tomou todas as cautelas necessárias em relação ao alienante, pesquisando sobre a existência de eventuais ações que coloquem em risco a venda, diante de eventual fraude contra credores ou fraude à execução, inclusive por débitos fiscais e trabalhistas.⁴²⁵

Com a intervenção notarial é possível orientar as partes, fazendo constar expressamente na escritura pública a apresentação de certidões negativas de débitos e ações fiscais e trabalhistas em nome dos vendedores, demonstrando que ao adquirir o imóvel, o comprador tomou todas as cautelas necessárias e agiu com boa-fé na aquisição.

Outro aspecto a considerar refere-se às vantagens de exploração econômica dos bens imóveis. Em geral, na medida em os direitos reais sobre bens imóveis sejam mais seguros é possível uma utilização mais especializada e mais

⁴²⁴ EGUREN, Rafael Arnáiz. **Uma reflexão pessoal sobre a função notarial no tráfico sobre imóveis**. Sua relação com as distintas modalidades de organização da segurança preventiva. In DIP, Ricardo (coord); ARRUDA, Álvaro Pinto de. (et al.). Porto Alegre: Fabris: IRIB, 2005, p.237

⁴²⁵ Recurso Especial nº 1.141.990 do Paraná. Julgado em 19/11/2010. Relator Min. Luiz Fux com análise publicada em <http://www.valor.com.br/arquivo/895453/os-riscos-na-aquisicao-de-bens>. Acesso em 19/02/2013 e Recomendação da Corregedoria Nacional de Justiça nº 3, de 15/03/2012, disponível em http://www.cnj.jus.br/images/RECOMENDAO_003-2012.pdf. Acesso em 19/02/2013.

produtiva, o que é fator determinante para sua valorização e para que cumpra sua função social.⁴²⁶

Reflexo disso é a possibilidade de que do mesmo imóvel sejam desdobradas várias de suas faculdades, como por exemplo, na alienação fiduciária em garantia, em que o imóvel continua na posse do devedor, que o explora economicamente e serve de garantia ao credor, que também pode transferir o crédito imobiliário, movimentando o mercado financeiro e com isso, possibilitando a aplicação de recursos para o financiamento de novas moradias.

As características que permitem a coexistência simultânea de diversos direitos reais sobre o mesmo bem contribuem para a evolução do conceito de propriedade e para a complexidade da atuação notarial no âmbito da circulação de riquezas. O notário vai oferecer, neste caso, a solução mais adequada ao intento das partes, utilizando-se de outros caminhos, inclusive para com isso concretizar o princípio da função social da propriedade.

Um exemplo é o direito real de superfície, estimulado pelo Estatuto da Cidade⁴²⁷, como forma de dar destinação ao imóvel sem que isso signifique, necessariamente, disposição do bem. A depender de como o notário atue nessa seara, em parceria com a administração municipal e com o registro imobiliário, poderá ser considerado agente fomentador do desenvolvimento urbano e econômico de sua cidade, de sua região.

3.4.7 Efeitos patrimoniais do casamento e da separação ou divórcio e a sobrepartilha pela via extrajudicial

Não se pode falar em efeitos patrimoniais da separação ou divórcio, sem tratar antes disso, dos aspectos econômicos ou patrimoniais do casamento, aqui considerado dentro do novo contexto e novas perspectivas do direito de família, de acordo com a principiologia constitucional efetivada pelo Código Civil de 2002.

⁴²⁶ GONZÁLEZ, Fernando P. Méndez. **Estado, propriedade, Mercado.** In Revista de Direito Imobiliário. Ano 32, nº 67. Jul-dez/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.181

⁴²⁷ Art. 21 do Estatuto da Cidade. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

Para Rolf Madaleno, a sociedade conjugal nada mais é do que uma comunidade de pessoas, podendo estar inclusos os filhos, que precisa atender à sua cotidiana necessidade de subsistência, suprimindo seus gastos com rendas e bens, em que o sustento da família fica a cargo da entidade conjugal, que precisa satisfazer suas requisições econômicas com os rendimentos de seus componentes, na proporção do esforço de cada um, ou criando um patrimônio acomodado ao uso e às necessidades de sustento da composição familiar.⁴²⁸

Ensina ainda que essa organização conjugal econômica está firmada, basicamente, em dois conceitos: o de separação e o de comunhão de bens, sendo que a sociedade conjugal constitui uma unidade jurídica que se faz titular do domínio dos bens que compõem seu patrimônio, assim compreendida a massa dos bens conjugais, que não se confunde com os bens particulares e individuais dos sócios conjugais.⁴²⁹

No mesmo sentido, Milena Donato Oliva, defende a existência de uma universalidade patrimonial afetada a uma determinada finalidade, ou seja, segundo esse entendimento, no casamento, os bens conjugais serviriam como meio para alcançar a satisfação de seus membros e a construção dos seus direitos da personalidade e, com a mudança de foco do sujeito a que pertence para o fim a que se destina, haveria então uma função a ser desempenhada pela universalidade patrimonial.⁴³⁰

[...] ao mesmo tempo em que fica esvaziada a relevância do sujeito que a titulariza, haja vista que a tutela do patrimônio especial observará não o atendimento dos interesses de seu titular, mas a promoção do fim valorado positivamente pelo ordenamento.⁴³¹

⁴²⁸ MADALENO, Rolf. **Do regime de bens entre os cônjuges**. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Direito de família e o novo código civil*. 4a.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.164

⁴²⁹ MADALENO, Rolf. **Do regime de bens entre os cônjuges**. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Direito de família e o novo código civil*. 4a.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.164

⁴³⁰ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust. São Paulo: Renovar, 2009, p. 226.

⁴³¹ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust. São Paulo: Renovar, 2009, p. 226.

Rolf Madaleno explica que essa massa de bens advindos do casamento reside na comunhão de esforços dirigidos ao crescimento econômico da sociedade afetiva. Dissolvida a *affectio societatis* e não mais coabitando os sócios conjugais, também desaparece a destinação dos bens comuns.⁴³²

Desaparecendo a finalidade pela qual a universalidade patrimonial foi constituída, desaparece o estado de comunhão e, ao menos em tese, relativamente às questões patrimoniais, desconstitui-se a natureza jurídica própria do direito de família, merecedor da proteção do Estado, vinculada a interesses de ordem pública de proteção da família, para transformar a relação entre os ex-cônjuges em mero interesse privado, ligado a uma situação subjetiva patrimonial.

O fato de existir intervenção estatal na celebração e na dissolução do casamento não o desfigura como ato de autonomia privada, pois se tratam de atos complexos, tal qual a adoção. Ademais, o casamento implica em uma série de situações jurídicas subjetivas, umas de ordem patrimonial, outras de ordem existencial; algumas de interesse exclusivo dos cônjuges, outras envolvendo terceiros. Dependendo dos interesses envolvidos na situação jurídica menor ou maior será a interferência estatal nas relações familiares, inclusive no que se refere à dissolução da sociedade conjugal e ao divórcio.⁴³³

Por outra via, considere-se que o regramento civil também deixou livre aos cônjuges o estabelecimento do regime de bens que devesse regular as relações patrimoniais por ocasião do casamento, defendendo Nelson Rosenvald que se os efeitos econômicos de uma entidade familiar dizem respeito a interesses disponíveis é intuitivo afirmar a liberdade de escolha, calcada na autonomia privada.⁴³⁴

Se a autonomia privada está presente na decisão pelo regime de bens, antes da celebração do casamento, não há motivos que façam crer que se deva afastar a autonomia privada, após a dissolução da sociedade conjugal.

Na dissolução por mútuo consentimento (em juízo ou por escritura pública), admite-se, como visto, ampla liberdade de partilha de bens,

⁴³² MADALENO, Rolf. **Do regime de bens entre os cônjuges**. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Direito de família e o novo código civil*. 4a.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.166

⁴³³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **O poder de disposição nas relações familiares**. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) *Diálogos sobre direito civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.534

⁴³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2008, p. 212

inclusive com possibilidade de divisão desigual de patrimônio (hipótese em que haverá incidência tributária) e de doação de bens entre eles, bem como a favor de terceiros. Enfim, a divisão patrimonial decorre, no caso, da própria autonomia privada reconhecida às partes.⁴³⁵

Segundo Meireles, as situações existenciais diferem das situações patrimoniais, sobretudo, para não lhes aplicar a disciplina própria destas, sendo assim, as situações suscetíveis de avaliação econômica são disponíveis, no sentido de que são alienáveis, transmissíveis e renunciáveis, além de prescritíveis.⁴³⁶

A partir do momento em que se reconhece, então, que a cláusula relativa à partilha de bens tem natureza jurídica de direito patrimonial disponível, começa a ser desenhada a proposta de realização da sobrepartilha de bens do casal, pela via extrajudicial, segundo os ditames da Lei n. 11.441/2007, ainda que existentes filhos menores ou incapazes.

Pondere-se que o entendimento a respeito da impossibilidade do procedimento extrajudicial na dissolução da sociedade conjugal que envolva filhos menores ou incapazes é justificado por questões de ordem pública, pela necessidade de intervenção do Estado na proteção da família, pelos direitos fundamentais da criança e do adolescente envolvidos, pela necessidade de participação e fiscalização do Ministério Público, entre outras razões.

Porém, dissolvido o casamento, com todas essas questões já devidamente solucionadas pela via judicial, a questão patrimonial que restar para eventual sobrepartilha de bens refere-se exclusivamente a direitos patrimoniais disponíveis, completamente inseridos no âmbito da autonomia privada, regulado pelas normas gerais atinentes aos negócios jurídicos, com institutos próprios de direito material.

Destaca-se, inclusive, ser aplicável o instituto da transação, previsto nos artigos 840⁴³⁷ e seguintes do Código Civil, que permite às partes prevenir ou extinguir qualquer litígio que diga respeito a direitos patrimoniais de caráter privado,

⁴³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2008, p. 340

⁴³⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **O poder de disposição nas relações familiares**. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) *Diálogos sobre direito civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.519.

⁴³⁷ Art. 840. É lícito aos interessados prevenir ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas. Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

podendo inclusive fazê-lo por escritura pública, conforme previsão contida expressamente no artigo 842 do Código Civil⁴³⁸.

Aliás, a própria regra inserta no artigo 108 do mesmo Código⁴³⁹, combinada com a liberdade de contratar, não só permite como aponta como requisito formal a escritura pública para a realização de negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. De outro lado, considerado o entendimento de que a partir do fim do casamento, o estado de comunhão de bens transforma-se em mero condomínio geral, a solução partiria de mera divisão e extinção de condomínio que apenas justificaria a via judicial para os casos de discordância das partes a respeito da divisão.

É preciso distinguir a natureza da situação patrimonial em que ficam as partes separadas quando continuam com bens em comum. Antes da dissolução da sociedade conjugal, os bens atendiam ao regime patrimonial adotado no casamento. Mas a separação judicial produz seus efeitos jurídicos de imediato nos termos do art. 1576 do Código Civil, e assim põe termo ao regime de bens. Dali por diante nada mais se comunica, ainda que pendente a partilha, e a própria “comunhão” decorrente do regime adotado no casamento cede espaço ao “condomínio” dos bens partilháveis, sujeitando-se às regras próprias da propriedade entre condôminos, sem as peias do antigo regime comunitário.⁴⁴⁰

O Código de Processo Civil, no *caput* do art. 1.124-A, embora pareça restringir o uso da via administrativa quando existirem filhos menores ou incapazes do casal, apenas obsta a utilização da escritura pública quando exista discussão acerca de interesses indisponíveis (tais como os interesses titularizados por incapazes, como a guarda, a visita ou mesmo os alimentos devidos à prole).⁴⁴¹

⁴³⁸ Art. 842. A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz.

⁴³⁹ Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

⁴⁴⁰ OLIVEIRA, Euclides. **Separação extrajudicial, partilha de bens, alimentos e outras cláusulas obrigatórias**. In COLTRO, Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (coord). Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais. São Paulo: Método, 2007, p.257.

⁴⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2008, p. 318

Não se pense, entretanto, que se o casal tem filhos comuns não poderá se valer da simplificada via administrativa. Por certo não é assim. Se o casal tem prole comum, poderá deliberar a dissolução de suas núpcias por meio de escritura pública, dê-se que não verse o pacto sobre direitos dos filhos, que são indisponíveis.⁴⁴²

Interessante notar que, se por um lado a intervenção do judiciário se impõe para os casos de separação e divórcio onde seja necessário dispor sobre direito de guarda, direito de visitas e alimentos devidos aos filhos menores, *contrario sensu*, a via administrativa, ou extrajudicial é a adequada ou possível quando os interesses indisponíveis referidos já tenham sido devidamente resguardados em juízo e se pretenda, tão-somente, proceder divisão de um patrimônio que em virtude do casamento se unificou e que por qualquer motivo não tenha sido ainda partilhado.

Aliás, mesmo antes da edição da Lei nº 11.441/2007, o Ministério Público de Santa Catarina já havia editado dois enunciados tratando sobre a desnecessidade de intervenção do Órgão nos processos dessa natureza⁴⁴³:

Enunciado nº 3. Os procedimentos de jurisdição voluntária que têm como requerentes partes maiores e capazes não se enquadram em nenhuma das situações previstas nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal e 82 do Código de Processo Civil, razão pela qual não se justifica a intervenção do Ministério Público.

Enunciado n.º 11. Mesmo em ações que tramitem em vara de família e versem também sobre direitos indisponíveis, a intervenção do Ministério Público torna-se desnecessária, por ausência de interesse público, nas matérias que digam respeito a direitos exclusivamente patrimoniais disponíveis.

No mesmo sentido, a Magistratura Paulista em encontro dos juízes de família do interior daquele Estado, deixou assentado enunciado específico sobre a sobrepartilha de bens decorrente da separação ou divórcio, excluindo a competência do Juízo da Família:

Enunciado nº 14. Não compete às Varas da Família e das Sucessões o processamento e o julgamento de ações de extinção de condomínio decorrente de partilha de bens efetuada em inventários, separações, divórcios e dissoluções de união estável.

⁴⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2008, p. 318

⁴⁴³ Disponível em: http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_integra.asp?secao_id=770

Destaque-se, por último, que a dificuldade em aceitar que a sobrepartilha de bens de casal com filhos menores ocorra via tabelionato de notas parece estar ligada à impossibilidade de sobrepartilha extrajudicial de bens decorrente de inventário com herdeiros menores ou incapazes. É que, em se tratando de inventário dessa natureza, o menor ou incapaz tem direta participação na herança, ou seja, existe a necessidade de proteção do interesse jurídico desse herdeiro, como dever do Estado, que deve zelar para que ele não sofra qualquer prejuízo.

A natureza do interesse protegido nessa situação, embora também tenha cunho patrimonial, é consequência da incapacidade do menor ou incapaz de aferir as reais vantagens ou desvantagens de uma determinada proposta de partilha, tanto mais pelo fato de que isso poderá acarretar em aumento ou diminuição de seu patrimônio e que nem sempre é tratado pelos demais herdeiros com a devida correção, exigindo a participação do Ministério Público e do Juiz.

Já na partilha de bens decorrente da separação ou divórcio, o patrimônio envolvido é direito exclusivo dos cônjuges que, mesmo pela via judicial, são livres para conduzir e determinar a partilha de bens que melhor lhes convier. Não se pode falar aqui de interesses indisponíveis, nem tampouco de interesses patrimoniais dos filhos.

Sob outro aspecto, lembre-se que alguns atos notariais referem-se a interesses patrimoniais ou situações jurídicas de caráter patrimonial, no pensamento de Pietro Perlingieri⁴⁴⁴ já referido, inclusive os abrangidos pela lei de divórcio e inventários extrajudiciais e, assim, em regra estão inseridos no âmbito da autonomia privada, da liberdade de contratar.

Embora pareça óbvio ser descabido movimentar a máquina judiciária para simplesmente homologar um acordo de vontades, calcado nos princípios da autonomia privada, falar do óbvio é necessário quando uma visão distorcida esteja sendo construída com base na proibição do texto legal para as separações e divórcios com prole incapaz realizar-se pela via extrajudicial.

Esses são os aspectos de maior relevância na atualidade notarial concretizadora dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, estando

⁴⁴⁴ Conforme Primeiro Capítulo – Constitucionalização do Direito Privado.

concluída a apresentação dos tópicos necessários às considerações finais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objeto de estudo a atuação notarial como instrumento de concretização dos princípios constitucionais e direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, tendo por referente estudar as vantagens da atuação notarial na administração dos interesses privados.

O resultado da pesquisa revelou que no Brasil, a atividade notarial como serviço público por meio do qual o Estado atua diretamente nas relações privadas, tem papel fundamental na concretização e efetivação dos princípios constitucionais diretamente relacionados com os direitos fundamentais, como o exercício da cidadania, a proteção dos direitos da personalidade, a garantia da propriedade, a segurança jurídica das relações e negócios privados, a função preventiva de litígios, entre outras.

Apresentamos no Capítulo 1 a atuação notarial, tratando de breve histórico e do regime jurídico brasileiro, analisando a política jurídica atual e definindo notário e função notarial. No mesmo capítulo, apresentamos os princípios informadores da atuação e tratamos do ato notarial propriamente dito, revelado em seu duplo aspecto. Neste Capítulo, ficou claro que, apesar da evolução do notariado latino, herdamos o modelo português que ficou estagnado no Brasil até a Constituição de 1988, quando então finalmente os tabeliães alcançaram a conformação jurídica mais ou menos correspondente aos princípios defendidos pela União Internacional do Notariado Latino, principalmente no que se refere à independência jurídica.

Dentro desse contexto a atuação notarial no Brasil hoje se revela capaz de absorver e executar novas responsabilidades em direta colaboração com a administração da Justiça, tanto que recebeu novas atribuições, como a possibilidade de realizar, por escritura pública, separações, divórcios, inventários e atos relacionados, o que revela que a política jurídica brasileira deve perceber, a cada dia mais, as vantagens dessa atuação para lhe conferir ainda maiores responsabilidades.

Também verificamos que atuação notarial se pauta em princípios informadores específicos e se perfectibiliza por meio de duas importantes tarefas: uma que envolve o assessoramento e aconselhamento, como fase preliminar de exame da legalidade do ato pretendido, advertindo e orientando sobre suas circunstâncias e consequências, e outra que decorre da delegação estatal, da ingerência direta do Estado na vida privada por intermédio do notário quando lhe confere o poder de dar fé, agregando os valores de certeza e segurança jurídica ao ato produzido.

Isso também significa que por um lado o notário é um profissional do direito com independência jurídica que atua de forma imparcial no melhor interesse das partes envolvidas – e aí exerce um papel jurídico. Por outro, o notário pessoalmente representa o Estado atribuindo a fé pública – e aí exerce um papel estatal. Na conjugação de ambos os papéis, o notário realiza o direito.

No segundo capítulo, abordamos de forma breve o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, e sucintamente apresentamos outros princípios constitucionais envolvidos diretamente na atuação notarial. Também neste capítulo, tratamos da constitucionalização do direito privado e das principais inovações do direito civil, tendo por fundamento o princípio da dignidade humana, no que se refere aos direitos da personalidade, família, idosos, adolescentes, contratos e propriedade privada.

Verificamos nesse capítulo que a dignidade da pessoa humana, além de constituir o embasamento principiológico para todo o direito privado, atua como fator de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, constituindo ainda os direitos fundamentais, valores objetivos básicos e metas de ação positiva dos poderes públicos. Constatamos, da mesma forma, que o princípio da igualdade e o da segurança jurídica são considerados como pilares da Constituição, fundamentando e orientando os meios de proteção do Estado para assegurar aos indivíduos as mesmas condições, além de significar a confiança na atividade estatal voltada à proteção das expectativas legítimas e dos direitos dos cidadãos.

Demonstramos que segundo a constitucionalização do direito privado, diversos são os modos pelos quais a dignidade da pessoa humana pode fundir o

direito civil e o Direito Constitucional, com a finalidade de permitir a concretização dos direitos fundamentais e, assim, a crescente transformação jurídica no modo de conceber as relações privadas, impõe uma releitura dos institutos jurídicos clássicos e também dos procedimentos disponíveis no ordenamento jurídico para que novos valores sejam priorizados, inclusive pelo fundamento de que a Constituição influencia diretamente o direito privado colocando o ser humano no topo de sua proteção.

Por fim, no Capítulo 3, verificamos que o notário não só pode ser incluído na lista de intérpretes constitucionais como exerce papel fundamental de transformador da realidade constitucional, na medida em que atua como conselheiro jurídico das partes e que orienta e prepara o ato notarial para que possa produzir todos os efeitos no mundo jurídico, efeitos estes calcados nos fundamentos e princípios constitucionais.

Não há dúvidas de que a força normativa da Constituição irradia sua luz sobre o direito notarial atual e isso significa que a atuação notarial passa diretamente pela interpretação da Constituição. Na medida em que ela acontece, ocorre a transformação da realidade constitucional.

Como instrumento de efetivação do acesso à Justiça, constatamos que o notário atua na administração dos interesses privados, com ação preventiva de litígios com eficiência, celeridade, certeza, economia e privacidade próprias da atividade notarial, demonstrando que ele poderia atuar em diversos procedimentos de jurisdição voluntária, em que o litígio está ausente e o direito se desenvolve de forma pacífica, situação em que o interesse geralmente está ligado a obter uma declaração de certeza que pode ser oferecida naturalmente pela atuação notarial.

Foram apresentadas, finalmente, diversas situações subjetivas de caráter existencial e outras de caráter patrimonial, nas quais a atuação notarial de fato faz emergir os princípios constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas, quando: a) efetiva direitos básicos de cidadania protegendo os direitos da personalidade, com a autenticação e reconhecimento de firma; b) aplica o direito fundamental à vida e à uma morte digna ao colaborar na redação das declarações antecipadas de vontade; c) verifica os limites de atuação dos

representantes legais dos incapazes na alienação de bens, outorga de poderes ou emancipações; d) protege os direitos dos idosos, fazendo a análise do discernimento necessário para a prática do ato sem negar-lhes a prática de algum ato exclusivamente por motivo de idade; e) confere certeza e segurança jurídica aos atos de transferência de bens, perfectibilizando pela escritura pública a boa-fé do comprador e contribuindo para o desenvolvimento econômico; f) administra a justiça nos atos relativos ao inventário, separação e divórcio e respectivas hipóteses de partilha, quando apenas direitos patrimoniais disponíveis estejam envolvidos, também contribuindo para a circulação das riquezas.

Todavia, a atuação notarial concretizadora dos princípios constitucionais só pode se revelar efetivamente após provocação das partes interessadas e por essa razão é necessário fomentar a pesquisa científica para que esse novo paradigma da atuação notarial se estabeleça no sentido de que ela seja concebida pela sociedade em geral como capaz de aproximar no seu dia a dia, de um lado a dignidade da pessoa humana e os princípios constitucionais e, de outro, as relações privadas, por meio do ato ou instrumento lavrado pelo notário.

No plano da sociedade, o notário colabora para a consecução e eficácia dos direitos de cada um e de todos, está a serviço da cidadania, do indivíduo integrado à sociedade, operando atos jurídicos que podem ser considerados como verdadeiros instrumentos constitucionais de atuação do Estado nas relações privadas.

Chamar a atenção da comunidade e do Estado para a função notarial e refletir sobre esse tema pode trazer respostas que se compatibilizem com a estrutura atual da atividade notarial e do Direito Constitucional moderno, principalmente pelo fato de que está o Estado interferindo, por meio dos notários, na atividade econômica e nas relações privadas. A depender de como o Estado, o notário e a comunidade em geral percebem, exploram e desenvolvem essa atuação, serão os resultados concretos no desenvolvimento do País.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico de consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **O direito de família no contexto de organizações socioafetivas**: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 34, ano VII, fev/mar 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Órgãos da fé pública**. Revista de Direito Imobiliário. Ano 20, n.40, janeiro/abril 1997.

ARALDI Junior, João Irineu. **O princípio da igualdade como expressão dos direitos fundamentais do cidadão**. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8414&revista_caderno=9. Acesso em 12 set. 2012.

AROUCA, Ana Carolina Bergamaschi. **Evolução histórica do notário e sua função social**. Dissertação apresentada à Banca da Faculdade Autônoma do Direito, para obtenção do título de Mestre em Direito Civil. São Paulo, 2009, p.69. Disponível em http://www.fadisp.com.br/download/turma_m4/ana_carolina_bergamaschi_arouca.pdf. Acesso em 30 ago. 2012.

ASCENSAO. José de Oliveira. **Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade**. Revista Mestrado em Direito Osasco, Ano 6, n.1, 2006, p. 153. Disponível em <http://132.248.9.1:8991/hevila/Revistamestradoemdireito/2006/vol6/no1/7.pdf>. Acesso em 15 set. 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANDEIRA de MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARBOSA, RUI. **Oração aos moços** – Obra de domínio público. Disponível em <http://www.culturabrasil.pro.br/aosmoccos.htm>. Acesso em 12/09/2012.

BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Diferentes, mas iguais**: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/casoshomoafetivasdiferentesiguais.pdf> Acesso em 16/09/2012.

BENICIO, Hercules Alexandre da Costa. **Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UNB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORTZ, Marco Antonio Greco. **A desjudicialização** – um fenômeno histórico e global. *In* Revista de direito notarial. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009. p.75-110.

BRAGA, Luiz Felipe Nobre. **O conceito hiperbólico, existenciário e potestativo de família**. *In* Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Vol. 30. Out/Nov.2012. Porto Alegre: Magister, p.114.

BRANDELLI, Leonardo. **Atuação notarial numa economia de mercado**. A tutela do hipossuficiente. Revista de Direito Imobiliário n.º 52, ano 25, Jan/Jun de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.165.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 jul. 2012.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 29 jul. 2012.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o **Código de Processo Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em 29 jul. 2012.

BRASIL. Lei federal nº 11.441 de 04 jan.2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm

BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em 27 ago. 2012.

BRASIL. Informativo do Colégio Notarial do, Seção São Paulo – Ano XII, nº 135, março 2010, p. 27. Disponível em <http://www.cnbsp.org.br/arquivos/Jornal/jornalmarco.pdf>. Acesso em 15 set. 2012.

BRITO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007.

CAHALI, Francisco José; FILHO, Antônio Herance; ROSA, Karin Regina Rick; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. **Escrituras públicas – Separação, divórcio, inventário e partilha consensuais**: análise civil, processual civil, tributária e notarial – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Os direitos fundamentais**. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/180507.pdf>. Acesso em 11 set 2012

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1941

CARVALHO, Nathalie de Paula. **A normatividade dos princípios no pós positivismo**: uma análise à luz da teoria de Robert Alexy. Disponível em http://www.fu7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/anormatividadedosprincipios.pdf. Acesso em 11 set. 2012.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Família. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASSETARI, Christiano. **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.37.

CASTAGNO, José Carlos Carminio. **Teoria general del acto notarial**. Revista del Notariado. Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Disponível em <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgiBin/ESCR/ARTICULOS/42675.pdf>. Acesso em 03 set. 2012

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada** (Lei n. 8.935/94). 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CHANAN, Guilherme Giacomelli. **As entidades familiares na constituição federal**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 42, ano VIII, jun/jul 2007.

COMEL, Denise Damo. **Poder familiar**: titularidade. Inconstitucionalidade da primeira parte do caput do art. 1.631 do Código Civil. Disponível em [http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Denise_Damo_Comel/\(Inconstitucionalidade%201_252%20parte%20art%201631%20CC\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Denise_Damo_Comel/(Inconstitucionalidade%201_252%20parte%20art%201631%20CC).pdf). Acesso em 19 fev. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº1805 de 2006 e nº1995 de 2012. Disponível em <http://portal.cfm.org.br/>. Acesso em 20 fev. 2013.

COUTO E SILVA, Almiro. Revista da Procuradoria Geral do Estado - RPGE. Cadernos de **Direito Público**. Volume 27. N. 57 Supl. Porto Alegre, 2003.

CRESPO, Agueda Luisa. **La función notarial y la jurisdicción voluntaria**. Revista del Notariado. Buenos Aires, Colegio de escribanos de la Capital Federal, septiembre-octubre 1982, 785 Disponível em www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/44434.pdf. Acesso em 19 fev. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIP, RICARDO. **Segurança jurídica e crise do mundo pós-moderno**. Disponível em http://www.fadisp.com.br/download/turma_m4/ricardo_dip.pdf. Acesso em 12 set. 2012.

DOBROWOLSKI, Samanta Chantal. **Aspectos gerais dada eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionas**. Disponível em <http://www.journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15415/13988>. Acesso em 11 set. 2012.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso moderno de Direito Civil**. Vol. 1. 4. ed. São Paulo: Nelpa, 2009.

EGUREN, Rafael Arnáiz. **Uma reflexão pessoal sobre a função notarial no tráfico sobre imóveis**. Sua relação com as distintas modalidades de organização da segurança preventiva. In DIP, Ricardo (coord); ARRUDA, Álvaro Pinto de. (et al.). Porto Alegre: Fabris: IRIB, 2005, p.204

ERPEN, Décio Antonio. **A atividade notarial e registral**: uma organização social pré-jurídica. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.35/36, jan/dez 1995.

FABIÃO, Marcelo Poppe de Figueiredo. **O acesso à justiça e a efetividade**: instrumentos extrajudiciais de solução e prevenção de conflitos. Disponível em <http://portal.estacio.br/media/2476195/marcelo%20poppe%20figueiredo%20fabi%C3%A3o.pdf>. Acesso em 13 set. 2012.

FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. **Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (organizadores). Diálogos sobre direito civil. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDEZ, Fernando Francisco Afonso. **Fidelidade partidária no Brasil**: análise sob a óptica da política jurídica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

FERREIRA, João Figueiredo. **Para onde vão os cartórios?** Revista de Direito Imobiliário, ano 23, n.48, jan-jun. 2000.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Ata notarial.** Doutrina, prática e meio de prova. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. **O segredo profissional do notário no Brasil.** Revista de direito notarial. Ano 1. n, 1. Jul-Set/2009.

FERREIRA, Paulo Gaiger. **As diretivas antecipadas de vontade no Brasil.** Realidade e prática notarial. Apresentação do tema no XIV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO NOTARIAL E DE REGISTRO, realizado de 18 a 21 de novembro de 2012, em Salvador/BA. <http://www.anoreg.org.br/congresso/?pagina=programação>. Acesso em 19 fev. 2013.

FERREIRA, Paulo Gaiger. **Minuta de escritura pública de diretivas antecipadas de vontade e outras disposições.** Disponível em <http://blog.26notas.com.br/?p=6536>. Acesso em 19 fev. 2013.

FISCHER, José Flavio Bueno. **Capacidade civil da pessoa idosa.** Disponível em <http://www.fischer.not.br/?p=621>. Acesso em 20 fev. 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. **A função social da família.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 39, ano VIII, dez/jan 2007.

GATTARI, Carlos Nicolas. **Manual de derecho notarial.** Buenos Aires: Depalma, 1997.

GONZÁLEZ, Fernando P. Méndez. **Estado, propriedade, Mercado.** In Revista de Direito Imobiliário. Ano 32, nº 67. Jul-dez/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **A conciliação extrajudicial no quadro participativo.** In: Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de família e o princípio da boa fé objetiva.** Curitiba: Juruá, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 2002.

HERMIDA, Denis Domingues. **Direitos de personalidade e direitos fundamentais no contexto da relação de emprego.** Disponível em <http://denishermida.dominiotemporario.com/doc/Personalidadepdf.pdf>. Acesso em 15 set. 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. p.02 Disponível em:

<http://jus.com.br/revista/texto/4192/responsabilidade-civil-na-relacao-paterno-filial>
Acesso em: 13 set. 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LARRAUD, Rufino in BONANNO, Hugo Héctor y MORA, Alfonso José. **Actos de Ejercicio de la Función Notarial según los Diversos Autores**. Revista del notariado. Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Disponível em [https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/43449.p](https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/43449.pdf)
df. Acesso em 10 set. 2012.

LEZCANO, José Livio. **La imparcialidad como deber del notário**. Revista del notariado. Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Disponível em [https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-](https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/43449.pdf)
bin/ESCRI/ARTICULOS/43449.pdf. Acesso em 10 set. 2012.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Direito imobiliário registral na perspectiva civil-constitucional**. Porto Alegre: IRIB: S.A. Fabris, 2004.

LISBOA, Juliana Follmer Bortolin. **A força normativa da Constituição como paradigma do atual direito notarial e registral brasileiro na busca da segurança jurídica**. In Revista de Direito Notarial. Trimestral. Volume 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

LOBO NETO, Paulo Luiz. **A repersonalização das relações de família**. In: RBDF – ano VI, Nº 24, jun-jul/2004.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. In FARIAS, Cristiano Chaves de. (org) Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto. 2ª.ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Fontes das obrigações: contratos. Vol. III.6ª. ed.Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

MADALENO, Rolf. **Do regime de bens entre os cônjuges**. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) Direito de família e o novo código civil. 4a.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.164

MAIA, Anna Carolina Resende de Azevedo. **A evolução principiológica dos contratos**. R. CEJ, Brasília, n. 24, p. 62-66, jan./mar. 2004. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/600/780>. Acesso em 17 set. 2012.

MARTINS COSTA, JUDITH. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos**: a segurança como crédito de confiança. Revista CEJ n. 27, outubro/dezembro 2004, p.110-120. Brasília-DF. Disponível em:

<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/641/821>. Acesso em 12 set. 2012.

MARTINS, Cláudio. **Direito notarial: teoria e técnica**. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1974.

MAURO, Roberta. **A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens**. In TEPEDINO, Gustavo; Fachin, Luiz Edson. (orgs). Diálogos sobre direito civil. Volume II. São Paulo: Renovar.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **O poder de disposição nas relações familiares**. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) Diálogos sobre direito civil. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELO, Beatrice Moura Erbolato; AMARAL, Sergio Tibiriçá do. **Testamento de vida como instrumento apto para alcançar o direito a uma morte digna**. In Revista de Direito Notarial. Ano 2. N. 2. São Paulo. Quartier Latin, 2010. p.150.

MELO JUNIOR, Regnoberto Marques de. **A instituição notarial no direito comparado e no direito brasileiro**. Fortaleza: Casa Jose de Alencar/UFC, 1998.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. **O poder familiar e os atos notariais e de registro**. Disponível em www.irib.org.br/html/boletim/boletim-iframe.php?be=3363 Acesso em 19 fev. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Juridica Virtual. Brasília, vol.2, n. 13, junho/1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em 11 set. 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf. Acesso em 11 set. 2012.

MOTA, Julia Claudia Rodrigues da Cunha. **As novas formas de acesso à justiça (desjudicialização)**. São Paulo: Faculdade Autônoma de Direito, 2009. Disponível em http://www.fadisp.com.br/download/turma_m4/julia_claudia_rodrigues_da_cunha_mota.pdf. Acesso em 12 set. 2012.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Notas sobre a função do contrato na história**. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/notas.pdf>. Acesso em 17 set. 2012.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust. São Paulo: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Euclides. **Separação extrajudicial, partilha de bens, alimentos e outras cláusulas obrigatórias**. In COLTRO, Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (coord). Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais. São Paulo: Método, 2007.

ORELLE, José Maria. **Actos e instrumentos notariales**. 1^a. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Novas perspectivas de atos notariais**: Usucapião extrajudicial e sua viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. In: IDEAL Direito Notarial e Registral. São Paulo: Quinta Editorial, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 11. ed. rev. atual. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2008.

PASTRE, Daniel Fernando. **Efeitos da constitucionalização do direito privado na interpretação dos contratos**: Análise doutrinária e jurisprudencial. Disponível em <http://www.cmp.adv.br/admin/uploads/3%20EFEITOS%20DA%20CONSTITUCIONALIZA%C3%87%C3%83O%20DO%20DIREITO%20PRIVADO%20NA%20INTERPRETA%C3%87%C3%83O%20DOS%20CONTRATOS%2001%2007%2011.pdf>. Acesso em 17 set. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2^a. Ed. Rio de Janeiro: Renovar.

POISL, Carlos Luiz. **Em testemunho da verdade**: lições de um notário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

POISL, Carlos Luiz. **O tabelionato e o Poder Judiciário**. In *Revista de direito notarial*. Ano 1. n. 1. Jul-Set/2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, v. LVI.

REZENDE, Afonso Celso Furtado. **Tabelionato de notas e o notário perfeito**: direito de propriedade e atividade notarial face a face com o Código Civil 2002. 4^a. Ed. Campinas: Millennium, 2006.

RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **Vida digna: Direito, Ética e Ciência** (Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos) In ROCHA, Carmem Lucia (Coord). O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RODRIGUES, Rafael Garcia. **A pessoa e o ser humano no código civil**. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROSENVALD, NELSON; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos reais**. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SANDER, Tatiane. **Atividade notarial como função de justiça preventiva**. São Leopoldo: Oikos, 2005.

SANTA CATARINA, Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Circular nº 42/2009**, editada em resposta ao requerimento de cidadão para que lhe fosse autorizado efetuar pesquisas diretas no acevo de serventia, para fins históricos. Disponível em <http://cgj.tj.sc.jus.br/consultas/provcirc/circular/a2009/c20090042.pdf>. Acesso em 10 set. 2012.

SANTIN, Janaina Rigo. **O Estatuto do idoso: Inovações no reconhecimento da dignidade na velhice**. Disponível em <http://www.fag.edu.br/professores/gspreussler/Direitos%20Humanos/Estatuto%20do%20Idoso%20e%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em 16/09/2012

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. Coleção para um novo senso comum. São Paulo: Cortez, 2006. v.4.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>. Acesso em 12 set. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 .ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes. **A primeira dimensão dos direitos fundamentais.** Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6741&revista_caderno=9 Acesso em 11 set. 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A dimensão principiológica do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 45, set 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2225 Acesso em 17 set. 2012.

SOUZA. Oziel Francisco de. **As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material.** p.32. Disponível em <http://coralx.ufsm.br/afirme/LEITURA/diantelei/dl01.pdf>. Acesso em 12 set. 2012.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos:** do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2ª. ed. São Paulo: Método, 2007.

TARTUCE, Flavio. **Novos princípios do direito de família brasileiro.** In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.) Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TARTUCE, Flavio. **A questão do testamento vital ou biológico.** In LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional.** Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, Editora Padma.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade.** São Paulo: Atlas, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; **Autoridade parental.** In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO: Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

THEODORO Junior, Humberto. **O contrato e sua função social.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coord.) **Novo direito imobiliário e registral** – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VASCONCELOS, Julenildo Nunes e CRUZ, Antonio Augusto Rodrigues da. **Direito notarial: teoria e prática.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ZINNY, Mario Antonio. **El acto notarial (dación de fe).** 3a.Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p.80.