

O presente estudo teve, como já dito, o objetivo de traçar um pequeno comparativo da atividade notarial, com foco geral na responsabilidade civil e com foco um pouco mais aproximado na questão do elemento "culpa" como determinando da tipificação teórica dessa responsabilidade, com prós e contras superficialmente analisados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRESSAN, Maria Beatriz. *Selecionando o Tema da Pesquisa*. Diretoria de Extensão e Pós-Graduação. Valinhos, SP: Anhanguera Educacional, 2010.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e dos Registradores Comentada (Lei n.8.935/94)*, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CLARES, Manuel Tamayo. *Temas de Derecho Notarial*. Granada: Novena Ed., 2011.
- COMASSETTO, Míriam Saccol. *A função Notarial como Forma de Prevenção de Litígios*. Porto Alegre: Norton, 2002.
- DIP, Ricardo. (coord.). *Introdução do Direito Notarial e Registral*. Porto Alegre: IRIB/Fabris, 2004.
- _____.; JACOMINO, Sérgio (orgs.). *Doutrinas Essenciais - Registros Públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GAIO. *Institutas do Jurisconsulto Gaio*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 (RT - Textos fundamentais, v. 9)
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GURGEL, C. "Reforma do Estado e segurança pública". *Política e Administração*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 15-21, set. 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002, e, 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- REVISTA de Direito Notarial. São Paulo: Quartier Latin, 2009. Trimestral. V.1.
- RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da Função Pública Notarial e de Registro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SANTOS, Flauzilino Araújo dos. "Sobre a responsabilidade civil dos notários e registradores". In: *Doutrinas Essenciais - Direito Registral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SERVER, Rafael Verdera. *La Responsabilidad Civil del Notario*. Primera Edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008.
- SILVEIRA, Mario Antonio. *Registro de Móveis: função social e responsabilidades*. São Paulo: RCS Editora, 2007.

PUBLICIDADE NOTARIAL SOB UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA

Alison Cleber Francisco. Graduado, Mestre e Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tabelaio de Notas e Protestos em São Simão, São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

Os serviços extrajudiciais, conforme exposto na Lei nº 8.935/94, em seu art. 1º, têm como fim garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos.

Assim, afirma-se que um dos princípios que regem a atividade notarial e registral é a publicidade. Contudo, pode-se neste momento questionar qual é, ou quais são, o(s) significado(s) do termo publicidade. Esta, entendemos, como princípio que rege a função pública exercida pelo notário ou registrador (agente delegado do Estado), deve ser considerada sob duas perspectivas diferentes: podemos considerar como "publicidade" tornar público algo ou alguma informação; ou ainda considerar publicidade como o exercício de uma função de caráter público exercida em benefício da sociedade (em benefício do bem público, uma atividade pública).

Para podermos desenvolver este trabalho, devemos ainda considerar que a Lei nº 6.015/73, em seu art. 17, determina que "qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido". Esta lei, da década de 70, possibilita a obtenção de informação perante os escritórios de registros de qualquer pessoa que a ele compareça e requisite uma certidão de determinado documento que esteja sob a guarda do oficial de registro. A Lei nº 8.935/94, por sua vez, não reproduziu tal artigo, apenas informando, como já visto, que a atividade notarial e registral tem como princípio informador a publicidade.

Devemos, contudo, considerar que a atividade notarial e a registral diferenciam-se tanto na substância quanto na forma de sua operacionalidade no dia a dia, e têm também fins diversos entre si. A atividade notarial tem como função principal recepcionar a vontade das partes, fazer sua qualificação jurídica, afastar as impropriedades e ilicitudes, e instrumentalizar o ato

notarial apto a dar vazão àquela vontade, qualificado este pela fé pública do notário e pela confiança depositada neste pelas partes¹. Já o registrador é o operador do sistema de registros públicos, o que é, na concepção de Ricardo Dip², um “sistema jurídico de publicidade e um sistema de publicidade jurídica – ou, mais adequadamente, conjugando as noções: um sistema organizado pelo direito para dar publicidade a situações que o direito exige sejam públicas (i.e. sejam cognoscíveis por todos)”. (grifo nosso)

Então, desta breve e superficial explicação, já se pode apreender que as duas funções são diferentes entre si: enquanto um capta a vontade, traduzindo-a para um meio, o outro recebe o documento produzido, com as vontades nele contidas, faz sua qualificação e registra-o, para todos os fins, dando a ele publicidade (no sentido de cognoscibilidade por todos do conteúdo de determinado assento).

Ocorre que, com a evolução dos meios de comunicação, das ferramentas para a operacionalização dos sistemas de registros públicos e notas (com maior ênfase nos meios tecnológicos), e principalmente, com a alteração (complementação) das funções dos tabelionatos, notadamente as competências atribuídas aos tabelionatos pela Lei nº. 11.441/07 (elaboração de separações, divórcios e inventários extrajudiciais), além dos testamentos que já eram de sua competência, verificamos incompatibilidade entre os atos recentemente atribuídos por esta Lei aos tabelionatos de notas e a publicidade destes atos, visto que reúnem eles elementos relacionados à família, à intimidade, à vida privada dos indivíduos, ao seu patrimônio, a filhos, etc. Desse modo, entendemos que o sistema de publicidade notarial seja revisto, de modo que sejam preservados direitos dos cidadãos usuários dos tabelionatos de notas.

2. INFORMAÇÃO, LIBERDADE E PRIVACIDADE

O direito à informação é inegavelmente um direito essencial à ordem pública e à cidadania dentro de uma sociedade democrática. Vários conceitos, principalmente os ligados aos meios de comunicação, estão vinculados a conceitos jurídicos essenciais para o exercício da democracia

1 BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121.

2 DIP, Ricardo. Registros públicos (Trilogia do camponês de Andorra). Campinas: Millenium, 2003, p. 15.

em uma sociedade igualitária. Contudo, como bem apontado por Celso Fernandes Campilongo³, em que medida o direito de informação (de informar e ser informado) é conciliável com os objetivos da Justiça? E complementa: “o direito de ser informado é compatível com a proteção da privacidade das partes processuais?”

Informação é um elemento base que dá suporte à comunicação, é plataforma sobre a qual são transferidos dados de um comunicador ao outro, que deve compreendê-los para que se configure a comunicação. Com relação à comunicação, ressalta Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁴:

“Comunicação é entendida (Watzlawick) como troca de mensagens no sentido de que ela ocorre quando a seletividade de uma mensagem é compreendida, isto é, pode ser usada para a seleção de outra situação sistêmica. Isso implica (Luhmann):

- a) noção de complexidade (possibilidades comunicativas maiores que as efetiváveis);
- b) noção de seletividade (redução das possibilidades por mensagens efetivas);
- c) noção de contingência de ambos os lados, isto é, dupla contingência ou possibilidade de rejeição de ofertas de seleção comunicadas. Essas possibilidades não podem ser eliminadas como tais (ver Watzlawick). Ora, a comunicação da rejeição e a tematização da rejeição, nos sistemas sociais, é conflito. Donde, todo sistema social é potencialmente conflitivo. O que muda, de sistema para sistema, é sua medida de atualização, o que varia conforme o grau de diferenciação e evolução.”

Esta comunicação jurídica (entendida esta como comunicação específica que transmite, recebe e compreende informações dentro do sistema operacional do Direito, e dentro dele interagem, como leis, contratos, sentenças judiciais, e, em nosso caso, escrituras públicas, testamentos, etc.) produz regras que transformam as possibilidades de comunicação na sociedade. Contudo, a “modernidade implica a inclusão universal do processo de comunicação”⁵.

Essa universalidade, contudo, deve observar o que já foi exposto anteriormente, citando Campilongo: até onde cabe a informação? Até

3 CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Direito na Sociedade Complexa, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159.

4 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões Sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. São Paulo: Atlas, 2002, p. 37.

5 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *op. cit.* p. 161.

onde interessa a terceiros saber sobre determinados fatos que dizem respeito apenas a alguns, que são de ordem pessoal e íntima?

3. A IGUALDADE DO DIREITO À INTIMIDADE

Celso Lafer⁶ afirma que "Hannah Arendt sublinha que a vida pública e a vida privada devem ser consideradas separadamente, pois são diferentes os objetivos e as preocupações que as comandam". Nesse sentido, afirma que quando nossos interesses e anseios ultrapassam o interesse individual e chocam-se contra o interesse público, que seriam os interesses que temos em comum com outros concidadãos, tornam-se compartilhados com os outros, e não são nossos, são interesses públicos. Assim, interesse público seria aquilo que temos como denominador comum com outros de nossa sociedade.

Nesse ínterim, não podemos, então, considerar o direito à intimidade de interesse público, mas muito pelo contrário: ele é um direito integrante do direito da personalidade (direito personalíssimo). Com tanto, corrobora Lafer⁷ ao afirmar que o direito à intimidade "tutela o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada".

Um dos pilares dos direitos privados é justamente o direito à integridade moral do ser humano, que não pode ver-se sujeito a uma situação vexatória em razão da violação de sua esfera de intimidade, expondo-o à sociedade.

É claro tal princípio quando levamos em consideração os processos que correm perante as Varas de Direito de Família e que são objeto de segredo de justiça, por serem neles discutidos aspectos da vida íntima e privada dos litigantes, e que a ninguém mais interessam. Nesse sentido, e em consonância com os princípios de proteção da intimidade e vida privada dos litigantes, vem o Código de Processo Civil, de forma clara e precisa, determinar o seguinte:

"Art. 155 - Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

6 LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 237.

7 LAFER, Celso. *op. cit.* p. 239.

I - em que o exigir o interesse público;

II - em que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. (redação dada pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977)

Parágrafo Único: o direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite."

Então vemos que, já no ano de 1977, quando do início da vigência da Lei de Divórcio, já havia a preocupação de preservar os direitos relacionados à vida privada das partes, ou seja, aqueles relacionados à vida em família, ao casamento, filhos, condições da separação e divórcio, etc. Contudo, ainda de forma ponderada, e preservando eventual direito à informação por terceiro interessado, e tanto foi assim que foram inseridos no ordenamento jurídico nacional os dispositivos acima mencionados, de modo a garantir este sigilo. Tais direitos à preservação da intimidade ainda foram confirmados posteriormente no texto da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. X, como segue:

"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:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)" (grifo nosso)

Este espaço da vida íntima e privada deve ser um espaço inviolável e resguardado de todos os interesses e intromissões de terceiros. Ressalta Alexandre de Moraes⁸ a diferença entre intimidade e vida privada, afirmando que:

"intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc."

8 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007., p. 48

Ainda devemos fazer referência ao direito de sigilo sobre o patrimônio de cada indivíduo, que, basicamente ressalvados os órgãos de competência tributária e o interesse de familiares, não cabe a terceiros ter conhecimento de seu vulto ou pequenez, de sua liquidez ou exatidão.

4. OS TESTAMENTOS, A LEI 11.441/07 E O DIREITO À INTIMIDADE

Já era competência dos tabelionatos de notas a elaboração de testamentos. Estes, em seu conteúdo, como é sabido, podem conter disposições patrimoniais e não patrimoniais, as quais só passam a ter eficácia jurídica a partir do momento da morte do testador; antes disso, em termos gerais, o testamento não gera efeitos jurídicos. Sobre o testamento, além das disposições patrimoniais que podem ser feitas (como instituição de herdeiros e legatários, imposição de cláusulas sobre bens, etc.), podem ainda ser feitas declarações de ordem não patrimonial, como estabelecimento de rito para a realização de funeral, nomeação de curador ao filho e de testamenteiro, ou ainda, e não menos importante, o próprio reconhecimento de filho havido fora do casamento.

Com relação a estas disposições, pode-se claramente afirmar que não possuem terceiros nenhum interesse em conhecer do testamento o seu conteúdo antes do falecimento do testador. A publicidade de certas informações contidas em testamento podem comprometer o convívio social e até mesmo familiar do testador, gerando conflitos dentro da sociedade, o que vai exatamente na contramão daquilo a que se propõe o tabelionato de notas – gerar consensos, diminuir litígios, assentar vontades dentro da sociedade.

Posteriormente, com o advento da lei nº 11.441/07, foram conferidas novas atribuições para os tabelionatos de notas, tarefas estas diretamente relacionadas com a esfera privada e íntima dos indivíduos. Nesse sentido, as separações, divórcios e inventários elaborados em tabelionatos de notas também não parecem que devam ser objeto de publicidade, no sentido de ser seu conteúdo passível de conhecimento por indivíduos a quem não dizem respeito, mas apenas àqueles que têm interesse direto e comprovado no ato (partes, advogado e terceiros devidamente autorizados). Como já vislumbrado anteriormente neste texto, tal solução não é novidade alguma

para o ordenamento jurídico nacional, visto que no art. 155 do Código de Processo Civil já se constatava tal solução, desde 1977.

Assim, podemos compreender da simples análise do procedimento equivalente que corre perante o Poder Judiciário que os inventários, separações e divórcios judiciais podem correr sob segredo de justiça, o que impossibilita terceiros de ter acesso ao seu conteúdo, não impedindo as partes e seus advogados, contudo, de ter acesso aos autos e informações ali contidas.

Considerando também as disposições constitucionais sobre intimidade e vida privada, que servem como pilares para o ordenamento jurídico nacional, devemos balizar todo o entendimento sobre o tema dentro do sistema jurídico nacional, englobando também, obviamente, dentro destas considerações a análise sobre os testamentos e a possibilidade de sigilo sobre seu conteúdo.

Então o que resta é verificar se realmente o ordenamento jurídico nacional dá soluções diversas (publicidade em alguns procedimentos – segredo em outros) para casos em que se busca o mesmo resultado (a separação, divórcio ou inventário), e nos quais estão em jogo os mesmos valores (a intimidade e vida privada dos indivíduos), e, se verificado tal fato, se seria tanto uma inconsistência do sistema.

5. OBSERVAÇÃO DE PRIMEIRA E DE SEGUNDA ORDEM

Niklas Luhmann entende o sistema jurídico como sistema operacionalmente fechado, que deve ser consistente em sua operacionalidade, e constituído e regido por textos legais que dele fazem parte. Entende que o sistema pode ser compreendido de duas formas, dois pontos de vista: através de observações de primeira ordem e observações de segunda ordem.

A diferença entre estas duas formas de observação inseridas dentro do sistema é uma questão de níveis de interpretação: enquanto observação de primeira ordem é a realizada por um observador e imprime uma maior proximidade com o objeto de observação (um texto legal, em nosso caso, seja ele uma lei, contrato, ato administrativo, escritura, normas específicas, sentença, etc.), a observação de segunda ordem tem como objeto a forma como o observador de primeira ordem observa o objeto; ou seja,

o observador de segunda ordem tem como elemento de sua observação como os observadores de primeira ordem observam o objeto. Então, na observação de segunda ordem tem-se englobada uma observação de primeira ordem – ou seja, faz-se a interpretação e compreensão do que foi apreendido pelo observador de primeira ordem em sua observação, para que haja a compreensão de seus critérios de análise, e, não satisfeito o observador de segunda ordem com a conclusão daí retirada, avalia-se o que e como o observador observado avalia o seu objeto de observação, quais valores tem em consideração para as suas conclusões, com base em que parâmetros decide. Vantagem do observador de segunda ordem é que ele pode avaliar diversos observadores de primeira ordem em suas avaliações, e dessa forma ter uma ideia de como estes decidem, como se fossem os observadores de primeira ordem partes de um todo, e este todo fosse então o sistema.

Assim, o “ver o que os outros não veem” implica exatamente em conseguir observar o que os observadores de primeira ordem levam em consideração para suas decisões, mas de uma perspectiva de segunda ordem. Então, tem-se uma visão menos subjetiva do mundo, pois o observador de primeira ordem não conseguiria observar sua observação sem vícios, de uma forma independente e objetiva, pois haveria já uma tendência na sua avaliação de sua própria observação a interpretá-la de certo modo, no mesmo sentido já realizado anteriormente.

A observação de segunda ordem, portanto, tem como elemento intrínseco um distanciamento de ordem pessoal do observador de primeira ordem, que possibilita uma abordagem mais objetiva, menos viciada, da visão do observador de primeira ordem e uma maior compreensão do sistema jurídico como um todo uno, que se alimenta (leis, contratos, testamentos, etc) e se retroalimenta (decisões judiciais, interpretações reiteradas em determinado sentido, ou até mesmo portarias ou instruções normativas que esclarecem procedimentos) através dos textos legais que estão inseridos dentro do sistema jurídico.

Luhmann entende que os textos legais coordenam o sistema, e seu teor (principalmente leis) representam a ligação entre argumentação e validade legal, carregando consigo peso extraordinário na argumentação especificamente (argumentação que desconsidera os marcos legais não é válida no sistema). No processo natural de tomada de decisões, o sistema

não se observa como sistema, mas como acúmulo de textos legais que se referem reciprocamente.

Durante esse processo de referência recíproca o sistema pode relembrar contextos do passado e assim reduzir as possibilidades de operações no sistema no presente (exclui resultados que não se coadunam com tomadas de decisões anteriores), com base nos textos legais corretos e adequados, o que confere certeza relativa nas tomadas de decisões no sistema.

Ponto essencial ressaltado por Luhmann é que os “textos não devem ser compreendidos verbalmente, mas analogamente” (dentro de um sistema). Para isso, o intérprete deve entender qual a regra em que se baseou o legislador, o valor que teve para a elaboração do texto, e utilizar esse valor em sua decisão e aplicação do texto legal.

Como texto é comunicação, com informação e apreensão de seu conteúdo pelo interlocutor, é sempre necessário que sejam subentendidos aspectos óbvios do que se pretende informar. Nesse sentido, Luhmann exemplifica comunicação com o exemplo de obrigação, por lei, de cães que devem utilizar guias: subentende-se neste exemplo que o dono do cão deve estar na outra ponta da guia, de outra forma o conteúdo da norma seria subvertido em preferência de uma interpretação literal do texto legal.

6. A REDUNDÂNCIA NO SISTEMA AUTOPOIÉTICO DE LUHMANN E A PUBLICIDADE NOTARIAL

Como cada situação é compreendida no sistema de acordo com suas condições de argumentação, elas não podem simplesmente cair em um vácuo, mas deve-se considerar que casos já foram decididos anteriormente, e essa história (no sentido relacionado a tempo) promove a autopoiese do sistema. E com o passar do tempo, e mudanças nos entendimentos, o sistema se retroalimenta ainda mais, criando passado e perspectivas para o futuro. Por isso afirma Luhmann que o processo é mais complexo do que meramente copiar soluções, por serem as circunstâncias diferentes.

Para Luhmann, argumentação legal (análise do sistema em perspectiva de observação de segunda ordem e avaliação da melhor aplicação do texto legal à situação) é uma combinação de auto-observação do sistema legal (porque a observação se dá dentro do próprio sistema), que reage ao passado

e/ou antecipa diferenças de opinião sobre a atribuição dos valores--códigos legal e ilegal no contexto da autopoiese.

Sempre que a observação disser respeito a condições de possibilidade ou funções há necessidade que se envolva um observador de segunda ordem, pois só nesse nível é possível questionar-se como um sistema pode viabilizar sua autopoiese, através de instrumentos que não estão disponíveis em nível de observação de primeira ordem.

Seguindo ideias originárias da teoria da informação, é possível diferenciar informação (valor de informação nova) e redundância (quando a informação circula e alimenta o sistema autopoietico). Entende, nesse contexto, que quanto mais informação o sistema tem que processar, mais redundância é necessário para que se evite erros, sendo que a redundância não só exclui informação (as informações que não são lícitas ou convenientes), mas produz novas informações pelo processo de decisão (a decisão é nova informação que faz parte então do sistema). E limitando-se a operar dentro do próprio sistema, a redundância reduz complexidade no sistema.

A redundância opera justamente na seletividade das informações relevantes para o sistema, é a "mão invisível" do sistema sobre a variação de informações com as quais o operador deve lidar; o operador então deve possuir habilidade específica para lidar no caos de informações que possui o sistema. Informações de níveis hierárquicos diferentes também são suportadas pela redundância, que entende que estas informações sejam apenas transformações de informações que já estavam contidas no sistema de alguma maneira. Assim, a mão visível (do legislador, p.e.) está à disposição da mão invisível; ou seja, a lei é a materialização de informação que já estava contida no sistema (um costume reiterado, uma demanda social forte).

Nesse contexto, um conceito sistêmico de justiça não é passível de ser criado através de análise de caso a caso, mas sim sob um ponto de vista sistêmico; assim, ao invés de tentar evitar erros, deve-se evitar inconsistências do sistema. Então eliminamos a visão de que estamos tratando somente de identificação e eliminação de erros, que é uma parte importante do sistema, mas para observadores de primeira ordem; enquanto para observadores de segunda ordem o ponto principal é a verificação da consistência do sistema.

A autopoiese do sistema também depende da variação, que Luhmann traduz como número e diversidade de operações que um sistema pode identificar como próprios a ele e quais ele pode executar.

Esses dois conceitos – redundância e variação – podem parecer opostos em princípio, mas na verdade são complementares: enquanto redundância envolve informação que já está disponível para processamento, variação envolve informação que ainda não está disponível, está relacionada com inovação no sistema. Quanto maior a variação em um sistema, mais difícil chegar a conclusões; quanto mais intrincada as redes de informação, maior o tempo necessário para seu processamento. Contudo, faz a ressalva de que existem estruturas diferentes de redundância que podem lidar melhor com a variação de informações.

O sistema legal se organiza através de sua memória, com a colaboração de jurisprudência e institutos legais. Variação e redundância se inter-relacionam de modo que cada um deles pode aumentar com relação ao outro. As possibilidades de incremento estão ligadas à analogia, que levam a uma generalização das regras já existentes ou à criação de novas regras para situações novas. Assim, novas formas de combinação são criadas, o que implica em um potencial maior de combinações.

Ressalta o autor que o mais importante em um sistema legal é ele ser operacionalmente fechado e ter alta irritabilidade (ser sensível ao ambiente que o cerca), e no plano de auto-observação, possuir redundância e variação.

A redundância de que trata não é uma qualidade que pode ser encontrada com as ferramentas da lógica. A escrita não determina plenamente a lei, esta depende de interpretação. Discute-se o conceito do texto; não há uma determinação escrita de lei sem implicar em interpretação; assim que o texto é escrito, o problema de interpretação surge.

Não faz parte do problema conhecer os pensamentos mais profundos do leitor, mas sim saber sobre como o sistema o posiciona com relação à aplicação dos textos legais. Isso implica em estruturar e formular o processo de articulação de ideias, pois a interpretação leva em consideração não somente a relação entre o texto e o leitor, mas a interpretação nas relações sociais. A escrita, enquanto forma, não necessariamente garante limites à interpretação, mas garante a unidade do contexto social de um episódio comunicativo; por isso, a argumentação legal, como resultado de observação, deve ser capaz de informar se algo é legal ou ilegal, e justificar sua posição. As decisões devem ser tomadas dentro do sistema legal, mas nem interpretação nem argumentação transformam a lei, apesar de esta ter alto grau de liberdade.

7. O USUÁRIO DO SERVIÇO EXTRAJUDICIAL E O SISTEMA

Devemos então considerar a perspectiva dos usuários de serviços notariais (que não deixam de ser operadores do Direito, uma vez que realizam acordos entre si, que devem ser a base para os atos notariais realizados pelos tabeliães; mas, antes disso, estes usuários devem tomar a decisão de utilizar a via extrajudicial para a tradução de seus anseios para o ordenamento jurídico), que acabam sendo os usuários finais dos serviços extrajudiciais, e por conseguinte os principais interessados em seu bom desenvolvimento e sua eficácia.

A experiência tem demonstrado que não raramente potenciais utilizadores dos serviços prestados por serventias extrajudiciais relacionados aos institutos positivados pela Lei nº. 11.441/07 acabam migrando para o sistema judiciário, para a realização de seus interesses.

Estes usuários acabam por entender que a utilização do sistema em vigor no Poder Judiciário, para a realização de separações, divórcios e inventários, é mais vantajosa em razão de oferecer segredo de justiça a casos como estes. Assim, é garantida a integridade da honra e a reserva das informações relacionadas ao patrimônio. Como na separação, divórcio e inventário não só as informações relacionadas à intimidade das partes ali constam, mas também convergem a estes atos todos os dados de ordem patrimonial daqueles que dele participam (e desde que não interessam a terceiros), é salutar ter em conta que o segredo de justiça nada mais é do que poupar estes usuários da curiosidade alheia, do interesse de terceiros em ter conhecimento daquilo que a eles não cabe.

Do ponto de vista sistêmico, a interpretação e a aplicação atual da Lei nº. 11.441/07 não é condizente com um sistema coerente e eficaz de proteção de direito. Assim, não atende aos anseios dos usuários dos serviços extrajudiciais, expondo as partes através da necessidade de publicidade dos atos realizados nas serventias de notas. Quando consideramos a proteção da intimidade dentro do sistema, não há porque esta não ser estendida às serventias extrajudiciais: os valores protegidos em um subsistema são os mesmos que no outro subsistema permanecem desguarnecidos e abertos ao público. Ou seja: há um fim único, mas este não é atingido em certo caso em razão de uma falha sistêmica; o sistema oferece respostas distintas para um mesmo caso, para uma mesma situação.

Subsidiariamente deveriam, em observação de primeira ordem, ser utilizados como elementos integradores do sistema os princípios constitucionais de proteção à intimidade e à família, de modo que haveria produção de mais texto⁹.

Então, para atingir-se a finalidade proposta inicialmente pelo texto, deve-se buscar neste a sua racionalidade, a sua razão de ser (uma vez que seja impossível a obtenção da interpretação autêntica do texto), e justificar a sua aplicação com base nesta razão dele apreendida.

Luhmann propõe que, durante a interpretação dos textos, a transição de uma observação de primeira ordem para uma observação de segunda ordem é dada através do seguinte questionamento: "o que deveria significar o texto?"¹⁰. Então, a comunicação (de proposição de dados e entendimento de seu significado) seria realizada, através da racionalidade da intenção de quando da produção do texto pelo seu criador, e, ademais, de sua inserção dentro do sistema.

Quando observa que podem existir dúvidas nas lacunas da comunicação, esclarece que estas podem ser previstas e antecipada a comunicação com relação às mesmas. Então comunicação seria um processo que se auto-observa – os elementos da interpretação do texto, observação de primeira ordem – e interpretação do processo como um todo, que seria observação de segunda ordem. Assim, a conclusão embasada em analogia – observação de segunda ordem – constrói uma ponte entre casos diferentes.

Como cada caso é compreendido de acordo com suas condições de argumentação, ele não pode simplesmente cair em um vácuo, mas deve-se considerar que casos já foram decididos anteriormente, e essa história promove a autopoiese do sistema. E com o passar do tempo, e mudanças nos entendimentos, o sistema se alimenta ainda mais, criando passado e futuro. Afirma então que o processo é mais complicado do que meramente copiar, por serem as circunstâncias diferentes, e por isso argumentação está constantemente se alterando.

9 LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford Social Legal Studies, 2008, p. 306.

10 LUHMANN, Niklas. *op. cit.* p. 307. Tradução livre do seguinte trecho: *what was the text intended to mean?*

O sistema é uma combinação de auto-observação do sistema legal, que reage ao passado e/ou antecipa diferenças de opinião sobre a atribuição dos valores-códigos legal e ilegal no contexto da autopoiese. Auto-observação porque a operação de observação tem lugar dentro do sistema legal. E a comunicação contenciosa está envolvida porque a mera disposição do símbolo de validade ou a pura leitura das leis deve ser excluída do conceito de argumentação.

Sempre que disser respeito a condições de possibilidade ou funções há necessidade que se envolva um observador de segunda ordem, pois só nesse nível é possível questionar-se como um sistema pode viabilizar sua autopoiese, através de instrumentos que não estão disponíveis em nível de observação de primeira ordem.

A redundância opera justamente na seletividade das informações relevantes para o sistema, é a “mão invisível” do sistema. Informações de níveis hierárquicos também são suportados pela redundância, que entende que estas informações sejam apenas transformações de informações que já estavam contidas no sistema de alguma maneira. Assim, a mão visível (do legislador, p.e.) está à disposição da mão invisível.

O operador então, inserido neste contexto, deve possuir habilidade específica para lidar no caos de informações que possui o sistema.

8. CONCLUSÃO

A igualdade e coesão dentro do sistema devem ser mantidas através de racionalidade na aplicação dos textos legais com vistas a se obter decisões similares para situações similares, a se proteger os mesmos valores, através de interpretação sistêmica, quando as situações forem as mesmas.

A aplicação da norma referente a separações, divórcios e inventários, em uma perspectiva de observação de segunda ordem, e considerando a sua existência dentro de um sistema jurídico que deve operar de forma hermética e fechada, deve levar em consideração outros dispositivos inseridos dentro do sistema jurídico que dizem respeito também aos mesmos direitos protegidos, e que já estão consolidados em nosso sistema jurídico.

O sistema deve ser considerado como o tráfego de uma cidade, em que o carro deve percorrer um caminho para chegar a um determinado

local. Existem diversas combinações de ruas e avenidas que levam ao mesmo local, cabendo ao motorista escolher qual caminho tomar. Contudo, o motorista sempre terá em mente o mesmo fim: chegar são e salvo àquele local pré-determinado, demore mais ou menos, seja por uma rua asfaltada, via expressa ou por uma vila. Assim deve ser entendido o sistema jurídico, no modelo de Luhmann, em que existem caminhos diversos para se obter o mesmo resultado, e cabe ao operador do direito escolher qual será o caminho a ser percorrido. Contudo, o resultado não pode ser diverso, porque então o caminho ou não levou ao mesmo lugar, ou levou àquele lugar, porém com prejuízos à parte (no tráfego, teria a certeza de seu veículo ser abalroado; no caso das separações, divórcios e inventários extrajudiciais, a intimidade e vida privada não são protegidos).

Nesse sentido, quando da transferência de perspectiva de observação da norma, de primeira ordem para segunda ordem, com a questão proposta por Luhmann (“qual a finalidade dessa norma?”), temos que o intérprete terá a observação de todo o sistema jurídico, podendo observar que, tanto na legislação processual civil (art. 155 do CPC) quanto na própria Constituição Federal, a intimidade e a vida privada podem ser protegidas pelo sigilo, nos casos de separação, divórcio e inventário em que seja requerida tal proteção. Justamente isso consiste em “ver o que os outros não veem”, uma observação do sistema como um todo, e não pontualmente.

Verificamos a redundância no sistema através da reiterada concessão de sigilo nos processos judiciais que tratam dos mesmos temas regulados pela Lei nº 11.441/07, bem como pela consistente jurisprudência sobre preservação da intimidade e vida privada nos Tribunais Superiores, em que garantem o direito atribuído em nível constitucional até mesmo para pessoas públicas e celebridades, que não podem ter sua vida devassada a título de mera curiosidade, sem haver nenhum interesse público legítimo na divulgação das informações e dados ali contidos.

Como o sistema jurídico é coordenado por textos legais que dele fazem parte, não há porque ignorar toda a produção jurídica já existente sobre o tema (tanto legal, quanto doutrinária e jurisprudencial), em prestígio do argumento de que uma lei específica não previu expressamente certo procedimento. Como sistema, pode o operador do direito socorrer-se dentro dele, utilizando informações já existentes para complementar o seu trabalho de interpretação e argumentação.

Assim, ocorre a diminuição da complexidade do sistema, através da autopoiese, por haver diminuição de conflitos em razão de decisões sobre o tema serem internalizadas pelo próprio sistema jurídico, e assim ocorrer a consolidação de uma certa posição e sedimentação de determinado posicionamento, que servirá como base para outras tomadas de decisão posteriores.

A irritabilidade do sistema ao ambiente tem se verificado com a reiterada escolha por usuários e operadores do direito pelo caminho judicial de realização de separações, divórcios e inventários, justamente em razão da preservação da intimidade e vida privada; bem como pela verificação de tal comportamento pelos notários e tabeliães, e demais operadores do sistema. Mas a eventual internalização no sistema de uma lei que possibilite a conferência de sigilo aos atos realizados em serventias extrajudiciais com base na Lei nº 11.441/07 seria, de acordo com a teoria sistêmica, a “mão visível” do legislador operando em favor da “mão invisível” do sistema, ou seja, internalizando informação que já pairava dentro do sistema.

Assim, pode ser utilizada a memória do sistema para legitimar tal tomada de decisão (a conferência de possibilidade de sigilo às separações, divórcios e inventários extrajudiciais), e, através da variação, cria-se nova informação, e nova memória. Com isso, diminui-se a possibilidade de operações no sistema (fica claro que separações, divórcios e inventários extrajudiciais podem ser sigilosos, e outras possibilidades além desta são imediatamente descartadas), mas ainda assim dentro do que determina o sistema legal.

Não pode um sistema que se propõe coeso e hermético oferecer diferentes respostas para uma mesma pergunta apenas por ter-se percorrido caminho diverso. O caminho escolhido não pode gerar ônus ou bônus para as partes que pretendem chegar a um mesmo lugar.

Apesar das peculiaridades dos casos quando a eles aplicados os textos legais (que os transformam), é necessário que haja consistência no sistema com relação às suas proposições como sistema. Quando existir uma falha ou inconsistência, o sistema tenderá a não ser equilibrado, ditando tendências para as partes nele inseridas – estas podem adotar certos comportamentos para evitar consequências sistêmicas, o que implica na escolha por determinado caminho.

Então, no caso da publicidade notarial, parece patente que, de forma similar ao que ocorre no Poder Judiciário, deve ser dada possibilidade às partes para optar por manter-se em segredo – pelo menos com relação a terceiros – aquilo que foi decidido e acertado nas serventias extrajudiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAMPILONGO, Celson Fernandes. O Direito na Sociedade Complexa. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIP, Ricardo. Registros Públicos (Trilogia do camponês de Andorra). Campinas: Millenium, 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões Sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. São Paulo: Atlas, 2002.
- LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LUHMANN, Niklas. Law as a Social System. Oxford Social Legal Studies, 2008.