

## CAPÍTULO IV

### A TEORIA GERAL DA FUNÇÃO NOTARIAL

#### 1. CONCEITO

Conforme assinala Larraud<sup>1</sup>, para criar um conceito de função notarial mister se faz isolar uma atividade que o notário realize como própria e característica. A atividade desempenhada pelo tabelião adquire uma individualidade e perfil definidos, em consequência de uma adaptação dos meios à necessidade de cumprir os objetivos sociais que fundamentam a mesma existência do notariado. Entretanto, ela assume também um papel ativo, determinando os caracteres orgânicos da instituição, uma vez que a função faz o órgão.

Compõem a função notarial aquelas atividades que são o cerne do notariado e que sempre estão presentes a fim de orientar os poderes e deveres do agente notarial. Aquelas nuances laborais peculiares a cada notário, referentes ao modo próprio de administrar a sua serventia, adotadas por preferência ou costume, e que não se constituem em normas genéricas dirigidas ao corpo profissional, escapam ao conceito de função notarial.

A função notarial, na organização jurídica da sociedade, é anterior mesmo ao notariado; é ela que, no processo de sua evolução, originou a criação do notariado e, por consequência, determinou sua transformação evolutiva até chegar aos moldes atuais<sup>2</sup>. Esta, aliás, foi a constatação de Reynes Pena, ao dizer que o papel do notário, de simples autenticador, passou à função de presidir o desenvolvimento das transações, realizando uma verdadeira polícia jurídica, desde o assessoramento prévio aos outorgantes até a declaração de vontade e a constituição ou comprovação, por escrito, dela, em função de prova somente ou de solenidade<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Curso*, cit., p. 135.

<sup>2</sup> Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 135.

<sup>3</sup> In Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 136.

A função notarial, segundo Pedro Ávila Alvarez<sup>4</sup>, resume-se na autorização do instrumento público, porém, complementada por uma série de atos. Assim, complementa o festejado autor, a função do notário consiste em receber ou indagar a vontade das partes; assessorá-las como técnico e com isso dar forma jurídica à vontade delas; redigir o escrito que se converterá em instrumento público; autorizar o instrumento público, dando-lhe forma pública e credibilidade; conservar o instrumento autorizado; expedir cópias do instrumento.

A função notarial nasceu, como vimos, meramente redatora. O notário (ou o seu embrião) narrava o que constatava; presenciava a negociação celebrada pelos particulares e, a pedido destes, narrava o presenciado, com o intuito de perpetuar o fato ao longo do tempo, preconstituindo prova. O notário não qualificava o negócio; apenas o presenciava e o relatava por escrito.

Com o passar dos tempos, as necessidades sociais se foram alterando, e o notário passou a ser um profissional cada vez mais respeitado; as suas narrativas passaram a receber cada vez mais guarida, de forma que a crença social naquilo que o notário relatava fez surgir naturalmente a fé pública do tabelião. A partir daí, o notário não apenas narrava o que presenciava, mas narrava com força de fé pública, com presunção *juris tantum* de veracidade; aquilo que ele redigia era crível, com a força de uma presunção valorizada, até que se provasse o contrário. Entretanto, neste estágio da função notarial, ainda não se falava num notário assessor jurídico das partes. A vontade das partes era soberana no mundo negocial, e ao notário somente restava acatar a vontade das partes, perpetuando-as e conferindo-lhes fé pública. Este período da função notarial reinou até bem pouco tempo, correspondendo ao período do liberalismo contratual, especialmente após a Revolução Francesa, no qual a vontade das partes era soberana, absoluta, e ao Estado não era dada a permissão de interferir nessa vontade.

Todavia, a evolução jurídica experimentada após as duas Grandes Guerras, acompanhada pelo surgimento do Estado Social, relativizou a vontade das partes no mundo negocial, passando a permitir, e até mesmo a incentivar, a intervenção estatal na esfera negocial privada, com o intuito de evitar os abusos cometidos em nome da igualdade formal das partes e proteger os hipossuficientes, patrocinando um

<sup>4</sup> *Derecho notarial*, cit., p. 1.

crescimento econômico sustentável e preocupando-se com o bem-estar social. Nesse sentido, passa a haver uma intervenção estatal na esfera de negociação privada, ora proibindo certo conteúdo negocial, ora determinando certas cláusulas; ora proibindo a contratação, ora obrigando etc. O tabelião, nesse novo contexto, assume o ápice da sua evolução, passando a ser um profissional do direito cuja função vai muito além da mera redação negocial. O notário passa a ter a função de receber a manifestação de vontade das partes, qualificar juridicamente esta vontade, rechaçando as ilicitudes que porventura contenha, e instrumentalizando o ato jurídico adequado a dar vazão àquela vontade.

Leciona Argentino I. Neri<sup>5</sup> que, em sentido jurídico, a expressão função notarial é julgada como verdadeira e própria denominação que cabe aplicar às tarefas que empenha o notário no processo de formação e autorização do instrumento público.

Para Rufino Larraud<sup>6</sup>, função notarial é aquela atividade jurídicocautelar cometida ao notário, que consiste em dirigir imparcialmente aos particulares na individualização regular dos seus direitos subjetivos, para dotá-los de certeza jurídica conforme às necessidades do tráfico e de sua prova eventual. Note-se que tal conceito encerra um conteúdo definido (direção jurídica dos particulares no plano da realização espontânea do direito), um objeto (os direitos subjetivos dos particulares em sua etapa de individualização), e um fim (a certeza jurídica dos direitos subjetivos, amoldando-os às necessidades do negócio e de sua prova eventual), que serão esmiuçados em momento oportuno.

A função notarial é, assim, aquela função típica exercida pelo notário na consecução dos atos notariais, de forma exclusiva.

É função típica porque prevista em lei. O notário não pode praticar os atos que bem entenda. O âmbito de sua atuação está insculpido na lei, mais especificamente na Lei n. 8.935/94, bem como na normatização regulamentar a cargo do Poder Judiciário dos Estados.

Todavia, não é qualquer ato praticado pelo notário que se enquadra na atividade notarial. Desde logo fica afastada a atividade privada do tabelião, como pai, marido, sócio do clube etc. É necessário, conforme se depreende do conceito de função notarial, que a ati-

<sup>5</sup> *Tratado*, cit., v. 2, p. 517.

<sup>6</sup> *Curso*, cit., p. 145.

vidade esteja voltada diretamente para a consecução dos atos notariais; que esteja caminhando rumo à implementação de um ato notarial. Nesse diapasão, a atividade administrativa do tabelião à frente de um tabelionato não é função notarial: o notário que compra papel para sua Serventia, que contrata prepostos, ou que informatiza a Serventia notarial não está desempenhando função notarial, porque, embora realizada pelo notário, não está voltada diretamente à consecução de um ato notarial. Por outro lado, a audiência notarial para a recepção da vontade das partes e lavratura do instrumento adequado evidentemente é função notarial, da mesma forma que o é a qualificação e identificação das partes previamente à lavratura do ato notarial.

Uma atividade do tabelião que esteja endereçada à lavratura de um ato notarial, mas que não seja privativa do tabelião, igualmente não se enquadra no conceito de função notarial. Assim, por exemplo, a busca de uma certidão do Registro de Imóveis para que se possa lavrar uma escritura pública. Inegavelmente, trata-se de um ato preparatório à lavratura de um ato notarial (escritura pública), porém, esta atividade de buscar a certidão do registro não se caracteriza como função notarial uma vez que não é privativa de notário; a própria parte pode buscar a certidão e entregá-la ao notário que lavrará o ato, e nisso não há problema, visto que a certidão é acessível a qualquer pessoa (art. 17 da Lei n. 6.015, de 31-12-1973).

O enquadramento de um ato praticado pelo tabelião como função notarial, ou não, embora possa num primeiro momento parecer interessar somente ao mundo acadêmico, tem ingerências práticas profundas, porquanto a interpretação correta do art. 9º da Lei n. 8.935/94 depende desse conceito.

Um dos imperativos do notariado do tipo latino é a liberdade de escolha do tabelião, imperativo esse que é acolhido pelo direito brasileiro no art. 8º da Lei n. 8.935/94. Assim, as partes poderão escolher o tabelião de sua confiança para instrumentalizar o ato jurídico que pretendam, não importando qual seja o domicílio das partes, nem tampouco qual seja a localização do imóvel. Uma pessoa que resida em Porto Alegre e que esteja comprando um imóvel em São Paulo, de propriedade de outra pessoa que more no Rio de Janeiro, poderá lavrar a escritura de compra e venda em Curitiba, sem qualquer problema, e sem que haja por isso qualquer vício no ato notarial.

Entretanto, embora seja possível a livre escolha do tabelião que lavrará o ato notarial, as partes deverão ir ao tabelião em que estiver

localizado o imóvel, uma vez que o notário somente poderá lavrar atos de seu ofício no território para o qual recebeu a delegação, conforme dispõe o art. 9º da aludida lei.

A vedação do aludido art. 9º abrange somente os atos compreendidos na função notarial. Se não for função notarial, não está o notário proibido de praticar o ato fora da circunscrição territorial para a qual recebeu a delegação. Nesse caso, poderá o notário, v. g., buscar uma certidão no Registro de Imóveis da Comarca vizinha, porém, deverá lavrar a escritura e colher as assinaturas na sua Comarca.

## 2. FUNDAMENTOS

A vida social se reveste de grande complexidade, exigindo por isso mesmo ser regulada por um número razoável de normas. Há a necessidade presente de se perpetuar no tempo os atos e contratos, fato pelo qual eles se manifestam na vida jurídica documentalmente.

Um documento falso, inexato ou imperfeito é um perigo ao negócio e ao tráfico jurídico pelo prejuízo que pode ocasionar às partes, bem como a terceiros, uma vez que cria uma aparência que não corresponde à realidade, sendo, pois, fator de risco à paz social e à segurança jurídica.

Lembra Alvarez que a probabilidade de que se produza tal documento é grande quando é ele confeccionado tão somente com a intervenção das partes e, quando muito de uma testemunha mais ou menos imperita e mais ou menos irresponsável, porém, tal possibilidade se minimiza consideravelmente com a intervenção, tanto na configuração do negócio como em seu amoldamento documental, de alguém com preparação jurídica especializada, imparcialidade profissional e responsabilidade por sua atuação: o notário.

Continua o aludido mestre, dizendo residir aí a razão pela qual o ordenamento prevê essa intervenção e, ofertando um passo a mais para facilitar o negócio, impõe a todos a confiança no documento criado, dotando-o com a qualidade de ter credibilidade, forçosamente, contra todos, isto é, tal documento é dotado de fé pública, predicado da função notarial<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Pedro Ávila Alvarez, *Derecho notarial*, cit., p. 2-3.

Assim, pois, a função notarial está voltada a realizar uma intervenção e, via de regra, também uma documentação especial, pública, privilegiada, aos atos e contratos, aos negócios jurídicos, dando-lhes mais qualidade e tornando-os críveis, o que traz, forçosamente, vantagens e soluções óbvias.

A função notarial tem o escopo de produzir segurança e certeza jurídicas *a priori*, isto é, antes de instaurada a lide, prevenindo o seu surgimento, atuando como um importante agente de profilaxia jurídica.

Inegavelmente a intervenção notarial, com suas características de assessoramento jurídico imparcial, sob o manto da responsabilidade do notário, cumpre um importante papel de dar certeza às relações privadas, identificando as partes contratantes (o que em um mundo massificado não é pouco, uma vez que traz certeza aos que contratam), qualificando as vontades manifestadas, assegurando a livre manifestação de vontade, zelando pelo hipossuficiente, exercendo a polícia jurídica nos atos que preside, tudo isso sob a iluminação da fé pública notarial.

A profilaxia jurídica é muito menos traumática do que o processo; é muito mais barata do que o processo; e pacifica as relações sociais na medida em que previne o conflito de interesses. E o notário é um dos mais importantes agentes de profilaxia jurídica, ao lado da instituição registral.

A intervenção notarial deve produzir instrumentos aptos a gerar toda a carga eficaz a que tende o negócio jurídico nele consubstanciado. Deve produzir instrumentos válidos e eficazes; perfeitos do ponto de vista jurídico. Assim, estará cumprindo seu mister de agente produtor de segurança e certeza jurídicas e pacificação social.

As características de conotação mercadológica que permeiam o notariado do tipo latino, como a livre escolha do tabelião, por exemplo, devem ser fiscalizadas de perto pelo órgão competente para que não seja mal utilizada por profissionais menos conscientes, a ponto de prejudicar o próprio fundamento da função notarial. Isto é, o mau exercício da função notarial em razão da ganância na captação de clientes, se disseminado, pode conduzir a uma inversão do próprio fundamento da função notarial, uma vez que passará a fé pública a abrigar atos desconformes ao direito, colocando em xeque a função tabelioa.

### 3. PRINCÍPIOS QUE REGEM A FUNÇÃO NOTARIAL

A função notarial (e não o direito notarial)<sup>8</sup> é regida por uma série de princípios que informam como deve pautar-se a atividade do tabelião.

A função notarial, como ato jurídico complexo que é, é permeada por uma série de características que lhe configuram, que lhe imprimem determinadas peculiaridades, e que funcionam como verdadeiros princípios orientadores, embora como regra não se encontrem positivados no ordenamento jurídico pátrio.

Tais características são de suma importância, pois que, por constituírem verdadeiros princípios orientadores da função notarial, devem sempre ser observados ao lado da legislação pertinente, suprimindo lacunas e fornecendo a correta interpretação da lei diante de determinado caso concreto.

A escassa legislação notarial em solo brasileiro aumenta a importância dos princípios orientadores da função do notário, uma vez que inúmeras serão as situações em que não haverá ancoradouro positivo para sua decisão.

No concernente à função exercida pelos princípios sobre os institutos jurídicos e sobre o direito como ciência, é de consignar que “os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos”<sup>9</sup>. No mesmo sentido Carlos Ari Sundfeld: “O ordenamento jurídico contém duas espécies de normas: *regras* e *princípios* (...). Os princípios são, tanto quanto as regras, parte integrante do ordenamento jurídico (...). O princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico”<sup>10</sup>. Também Paulo Valério Dal Pai Moraes: “Os princípios são, assim, garantia de estabilidade, funcionalidade, unidade e adequação valorativa, sendo fundamentais para que qualquer sistema possa existir, pois a tentativa de organização estrutural sem princípios não é e jamais será um sistema. (...) Concluindo, podemos

<sup>8</sup> Ver item 7.2 do Capítulo III.

<sup>9</sup> Rui Portanova, *Princípios*, cit., p. 14.

<sup>10</sup> *Fundamentos de direito público*, p. 139-140.

conceituar os princípios como sendo as diretrizes teleológicas dos sistemas, às quais o intérprete sempre deve recorrer se quiser realizar uma interpretação fundada nas bases que sustentam a estrutura erigida”<sup>11</sup>.

Na lição de Karl Larenz, os “princípios pertencem verdadeiramente ao conteúdo do ‘direito positivo’, desde que por tal se não entenda apenas a lei, mas sim a ordem jurídica vigente como um todo; mas eles não brotam nem da lei nem da jurisprudência, antes estão subjacentes a ambas”<sup>12</sup>.

O direito é um conjunto de normas, *lato sensu*, que permitem o convívio social, e, portanto, a norma jurídica não é despida de conteúdo axiológico, mas, ao contrário, é o acatamento pelo direito dos valores eleitos pela sociedade em um dado momento histórico, e esse móvel que motiva a incoação das normas, ainda que não expresso, integra o ordenamento jurídico, continuando a nortear as normas dele erigidas.

Claus-Wilhelm Canaris, identificando o sistema jurídico como uma ordem teleológica, afirma que o “princípio ocupa, pois, justamente, o ponto intermédio entre o valor, por um lado, e o conceito, por outro: ele excede aquele por estar já suficientemente determinado para compreender uma indicação sobre as consequências jurídicas e, com isso, para possuir uma configuração especificamente jurídica e ultrapassa este por ainda não estar ainda suficientemente determinado para esconder a valoração”<sup>13</sup>.

Os princípios são normas finalísticas, porquanto estabelecem um fim a ser atingido; imprimem a obrigatoriedade da adoção de determinado comportamento necessário à implementação de certa situação<sup>14</sup>.

O trabalho do jurista na aplicação dos princípios, tal qual na aplicação das normas, não é uma atividade mecânica, mas, sim, uma atividade de valoração de elementos proveniente de vários cantos da ordem jurídica. Porém, o certo é que o jurista deve estar atento ao aspecto valorativo do ordenamento, tanto no momento da interpretação dos dados primários quanto no momento de conciliação dos prin-

<sup>11</sup> Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais, p. 26-30.

<sup>12</sup> In José de Oliveira Ascensão, *O direito*, cit., p. 419.

<sup>13</sup> Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 87.

<sup>14</sup> Veja-se a este respeito Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 70-72.

cípios detectados no caso<sup>15</sup>. Quer isto dizer que os princípios, ao contrário das normas positivadas, não se excluem, mas coexistem, e o jurista, no caso concreto, deverá analisar qual o princípio que mais atende à axiologia do sistema naquele momento.

Os princípios regedores da função notarial terão uma dupla função: integrativa e de hermenêutica.

Diante da ausência de uma legislação notarial substancial que regule os atos notariais sistematicamente, as situações de lacunas legislativas são bastante frequentes no direito brasileiro. Neste momento os princípios da função notarial terão uma função muito importante de integração do sistema, suprimindo a lacuna legislativa, e fornecendo a solução para o caso que se apresenta.

Por outro lado, têm os princípios uma função hermenêutica muito importante. Eles dão o rumo da função notarial, e, nesse sentido, tanto o legislador, ao criar normas positivas sobre a função notarial, como o intérprete, ao aplicar as normas notariais, deverão ter sempre presentes tais princípios e segui-los. Os princípios devem conduzir a correta interpretação das normas notariais, uma vez que informam o porquê da existência de tais normas.

Os notários, enfim, devem conhecer profundamente os valores que animam a existência de sua função, os princípios que a orientem, e ter neles o norte da sua labuta diária.

São os seguintes os princípios da função notarial: juridicidade, cautelaridade, imparcialidade, publicidade, rogação e tecnicidade.

### 3.1. Princípio da juridicidade

A tarefa típica desempenhada pelo notário é voltada para atingir fins jurídicos. Sua atividade principal refere-se ao âmbito jurídico da vida social.

É o notário um profissional do direito.

Os particulares levam ao notário uma relação econômica ou moral, porém ele a considera em seu aspecto jurídico, como problema de direito, prestando seu mister sob este prisma.

Aquela relação econômica ou moral erigida no seio social é esmiuçada pelo notário sob o seu aspecto jurídico, e assim moldada, buscando ele a solução jurídica mais adequada, com vistas a uma atenção cautelar.

<sup>15</sup> Veja-se José de Oliveira Ascensão, *O direito*, cit., p. 421.

Embora mister primordialmente jurídico, é de importância vital a lembrança de González Palomino, de que nenhum profissional reduz sua vida ao estrito e só exercício de sua profissão, e que o profissional e o funcionário não podem sequer cumprir bem seus deveres típicos se se limitam ao mero e literal cumprimento desumanizado. Assevera ele: “Un consuelo o una reprensión oportuna hacen de cualquier médico un médico más eficiente. Un consejo no pedido o un apercebimiento a tiempo, hacen mejor ejercida la profesión de abogado, aunque no más agradecida”<sup>16</sup>. E assim o é também em relação ao notário.

O notário está tão ligado à vida íntima das pessoas, sendo pois sua profissão de confiança, que é consultado comumente acerca de problemas familiares, econômicos e morais, dentre outros, alheios ao mundo estritamente jurídico, transformando-se ele num conselheiro das partes.

Entretanto, tenha-se presente que tal atuação não se insere na atividade funcional regular do tabelião, que é eminentemente jurídica.

O notário recebe a vontade das partes, qualifica (conceitua e classifica) juridicamente essa vontade, e dá vazão a ela criando o instrumento jurídico adequado<sup>17</sup>.

O tabelião é um assessor jurídico das partes em relação aos atos aos quais estas lhe requerem a lavratura. Deve o notário receber a vontade das partes, avaliando-a, certificando-se de que está a mesma livre de vícios, livrando-a de qualquer ilicitude, esclarecendo às partes sobre o alcance jurídico de seus atos, sobre a possibilidade do atendimento do que fora solicitado, bem como sobre a eficácia jurídica que terá o ato, se realizado. Deve ainda informar as partes de outra possível forma, se houver, para melhor atingir o resultado.

A juridicidade da função notarial bifurca-se em dois momentos diversos.

O primeiro é o da polícia jurídica notarial. O tabelião exerce a polícia jurídica dos atos que realiza, isto é, o notário, nos atos que preside, deve analisar a sua conformidade ao direito.

O notário molda juridicamente o desígnio das partes, devendo adequá-lo ao direito. O notário não pode ser o sustentáculo de ilicitudes. Nos atos que preside, deve ele verificar a sua conformidade ao direito, rechaçando os atos que sejam contrários ao ordenamento ju-

<sup>16</sup> Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 136.

<sup>17</sup> Vide o art. 6º, I, da Lei n. 8.935/94.

rídico. Estes, ou deverão ser reformulados, caso seja possível, ou não deverão ser realizados.

O notário não pode acatar manifestações de vontade contrárias ao direito. Nesse sentido, um ato jurídico que padeça de um vício de nulidade deve ser por ele afastado.

Note-se que o tabelião entra no mérito do negócio celebrado pela partes. Ele recebe a vontade das partes e molda juridicamente esta vontade, entrando, portanto, no âmago do negócio jurídico, vedando obrigatoriamente cláusulas contrárias ao ordenamento, ainda que tais cláusulas não nulifiquem todo o negócio jurídico. A juridicidade da função notarial impõe que o notário negue acesso ao ato notarial de uma cláusula que, por exemplo, seja nula por ser considerada abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor, se o negócio entabulado for uma relação de consumo. Uma compra e venda a prazo de um imóvel, a ser paga em dez prestações, com juros mensais, *verbi gratia*, deve ser negada pelo tabelião, uma vez que tal cláusula é vedada pelo ordenamento.

Mais complexa é a situação da anulabilidade. Embora padeça de um vício de validade, o negócio jurídico anulável é existente, válido (até que seja sua validade desconstituída judicialmente) e eficaz (produz todos os efeitos normais do negócio jurídico celebrado mais o direito potestativo à desconstituição do negócio para aquele que tenha legitimidade para tanto). Do ponto de vista civilístico, portanto, nenhum óbice há em relação à instrumentalização de um negócio anulável. Porém, do ponto de vista notarial, parece merecer outra sorte a questão. Embora inicialmente produtor de todos os efeitos normais do negócio celebrado, o ato anulável, se detectada pelo tabelião a anulabilidade (uma vez que anulabilidades há que necessitam de produção judicial de provas para ser detectadas), deve ser rechaçado, pois não pode o tabelião acatar um ato jurídico que contenha um vício grave, localizado no plano da validade, na esperança de que tal ato não seja atacado no prazo legal; o tabelião, em seu mister jurídico, deve zelar pela realização de atos hígidos, perfeitos e que não tenham a tendência de gerar conflitos, mas, pelo contrário, que deem certeza jurídica e sejam um agente de pacificação social e de prevenção da lide.

A ineficácia, vício menor por assim dizer, também necessita ser analisada. O ato jurídico que seja existente, válido, mas ineficaz em relação a alguma situação, de regra não deve ser lavrado pelo notário, se detectada a ineficácia, pelo mesmo fundamento de, em fomentando

o conflito de interesses, estar o notário indo contrariamente aos fundamentos que animam sua existência. Porém, caso as partes estejam cientes e requeiram ainda assim a lavratura do ato notarial que seja crivado de ineficácia em relação a alguém, desde que haja justificativa razoável, parece ser possível a lavratura. É o caso de um condomínio comum de um imóvel indivisível, por exemplo. Se um dos condôminos pretender vender sua parte ideal, terão preferência os demais condôminos. E se o condômino que pretende vender não consegue encontrar os outros condôminos em tempo hábil, ou se, encontrando-os, aqueles abrem mão do direito de preferência mas se negam a assinar qualquer documento? Se o comprador estiver ciente da situação, e ainda assim concordar em celebrar o negócio, parece ser possível ao tabelião instrumentalizar tal ato, uma vez que não há vício de validade algum, e as partes foram devidamente alertadas das consequências jurídicas do ato; passa, praticamente, a ser um negócio aleatório, em razão ao direito potestativo à desconstituição do ato que nasce para o condômino preterido em sua preferência, o qual poderá ser usado no prazo decadencial.

O notário, na condição de assessor jurídico das partes, deve informá-las acerca de quais as consequências jurídicas do ato a ser celebrado, qual o alcance jurídico de tal ato e quais os efeitos que ele produzirá.

Além de não poder acatar manifestações de vontade que sejam contrárias ao ordenamento jurídico, não pode também o notário, nesse mister de polícia jurídica, descumprir ele próprio o ordenamento jurídico ao realizar os atos notariais. Ao praticar os atos notariais, deve o titular da função notarial obedecer ao regramento estabelecido pelo ordenamento para a prática de tais atos. Assim, por exemplo, não pode o notário lavrar um ato notarial fora da circunscrição territorial para a qual recebeu a delegação, ou cobrar mais emolumentos pelo ato que os previstos na legislação específica.

O segundo momento da juridicidade da função notarial é o que determina ao notário que zele pela correta manifestação de vontade das partes.

O notário, no exercício de sua função, deve proporcionar a livre e correta manifestação de vontade das partes que participam do negócio jurídico instrumentalizado notarialmente. Deve assim zelar para que a vontade manifestada o seja livre de vícios que possam macular tal vontade.

Porém, mais do que garantir uma manifestação de vontade livre e isenta de pressões, deve o notário buscar proporcionar a manifestação real da vontade das partes, um dos postulados da pós-modernida-

de jurídica<sup>18</sup>. Deve ele, na medida do possível, tentar minimizar as desigualdades materiais das partes, protegendo ao eventual hipossuficiente na relação concreta, proporcionando assim, verdadeiramente, a exteriorização dos desígnios de todas as partes envolvidas no negócio jurídico.

A juridicidade da função notarial aplica-se a todos os atos notariais, e não somente à escritura pública, como poderiam alguns supor. Evidentemente, algumas circunstâncias somente à escritura se aplicam, como o zelo pela correta manifestação de vontade, por exemplo.

Nesse sentido, não parece possível o reconhecimento de firma em um contrato de prestação de serviços em que o serviço contratado seja o de matar alguém. A intervenção notarial será afastada desse ato; nem mesmo atos extraprotocolares, como o reconhecimento de firma, poderão ser praticados em atos ilícitos, visto que poderão dar ao ato a aparência de conformidade ao direito. A eficácia da função notarial é a de dar certeza e acautelar relações, e isso vale também para os atos de autenticação notarial.

A juridicidade da função notarial é, enfim, produto da evolução dessa função. Da redação à autenticação, e da autenticação à assessoria jurídica imparcial. Esse é o caminho desenvolvido pela função notarial. Não se concebe mais notários redatores, ou meros autenticadores de fatos; o tabelião é um profissional do direito, que deve analisar juridicamente as situações que se lhe apresentam, e da assunção dessa nova função depende o futuro da atividade notarial.

Nas palavras de Santiago Raúl Deimundo, “nuestra sociedad actual requiere mucho más que escribas documentadores. Reclama, sobre todo, juristas consejeros frente a la necesidad de una cada vez más seguridad hipertrofiada, libre de ambigüedades, imprecisiones e incertidumbres”<sup>19</sup>.

### 3.2. Princípio da cautelaridade

A função notarial opera na esfera da realização voluntária do direito. O notário molda juridicamente os negócios privados, a fim de que estes se enquadrem no sistema jurídico vigente, prevenindo por conseguinte, e evitando, ao máximo, que futuros vícios sejam aventados, bem como que lides se instaurem sobre a questão.

<sup>18</sup> Vide a respeito Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 99-101.

<sup>19</sup> *Pensamiento y sentimiento sobre el notariado*, p. 97.

O notário, no exercício regular de sua função, adianta-se a prevenir e precaver os riscos que a incerteza jurídica possa acarretar a seus clientes<sup>20</sup>.

A função do notário é essencialmente um mister de prudência, e o é mais acentuadamente que a da maioria dos outros operadores do direito, justamente por este sentido cautelar que a rege.

Nas complexas relações sociais contemporâneas a certeza acerca das concretas relações e situações subjetivas é um imperativo, fato pelo qual os ordenamentos jurídicos tutelam a busca por essa certeza, combatendo o fenômeno da incerteza *a posteriori*, ou seja, combatendo uma incerteza após o seu aparecimento, mas principalmente combatendo tal fenômeno previamente ao seu aparecimento, prevenindo-o no plano da realização espontânea e pacífica do direito, que é onde brota.

Oportuno consignar as palavras de Larraud, com supedâneo em Reyes Pena, acerca do tema: “Pues bien: la función notarial tiene carácter preventivo, y tiende a lograr la inobjetabilidad de los derechos privados, haciendo *ciertas* las relaciones y situaciones subjetivas concretas de que ellos derivan. En el diferendo agudo o contencioso (...) el juez impone su autoridad jurisdiccional, evitando la vía de hecho en la oposición de pretensiones, y el abogado dirige el ejercicio o gestión de derechos. Por el contrario, la función notarial se ejerce dentro de la normalidad de las relaciones jurídicas, haciendo conciliación pacífica de intereses, y su finalidad saliente consiste, precisamente, en evitar la oposición aguda o el conflicto”<sup>21</sup>.

A cautelaridade da função notarial está intimamente ligada ao fundamento da existência do direito notarial e da própria função notarial, que é a intervenção estatal, 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.

O notário, no exercício de sua função, deve ter sempre em mente o seu mister de prevenção de litígios. O tabelião só atua onde não há lide, onde há consenso, e atua garantido a relação do ponto de vista jurídico, prevenindo assim que a lide venha a surgir no futuro, ou fazendo com que, caso surja a lide, seja ela de mais fácil resolução, graças à intervenção qualificada feita pelo notário.

<sup>20</sup> Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 138.

<sup>21</sup> Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 139.

Um negócio jurídico que é feito sem a observância de algum direito de preempção de um terceiro, mesmo tratando-se de causa de ineficácia e não de invalidade, não deve, em regra, ser lavrado pelo tabelião, justamente em razão da cautelaridade que permeia a função notarial. A potencial lide que estará surgindo diante da realização de tal negócio jurídico desaconselha a intervenção notarial. Diferente é a situação se o terceiro titular do direito de preempção abriu mão de tal direito, mas não quer assinar qualquer documento, por exemplo, caso em que, estando o adquirente ciente de tal fato, estará justificada a atuação notarial.

Quando se fala em certeza e segurança jurídicas *a priori* fornecidas pela função notarial, evidentemente não há que confundi-las com a certeza e segurança proporcionadas pela função registral, uma vez que ambas não se confundem. A função notarial gera segurança *a priori* na medida em que o notário qualifica juridicamente as partes e suas vontades, facilitando a prova do negócio celebrado pelo caráter de assessor jurídico dotado de fé pública. Todavia, depois da intervenção notarial, o que há é um negócio jurídico, instrumentalizado pela forma pública notarial; a atuação notarial está na seara contratual, obrigacional. Somente a publicidade registral é que fornece a segurança de dar conhecimento *erga omnes* do ato realizado, conferindo assim eficácia real ao ato.

Por derradeiro, a função notarial atua na esfera da realização voluntária do direito, prevenindo litígios e evitando-os, sendo, por isso, importante instrumento de pacificação social.

### 3.3. Princípio da imparcialidade

O notário deve conduzir sua atividade com absoluta imparcialidade, atendendo com igualdade e equidistância a todas as partes envolvidas no negócio que reclama a sua intervenção.

Historicamente, a função notarial tem tido claras conexões com a administração da justiça. Assim, autores há que defendem que disso deriva esta imparcialidade do notário diante dos interesses das partes: na condição de terceiro imparcial, ele exerce uma verdadeira magistratura cautelar, espontaneamente requerida pelos interessados<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 139-140.

O tabelião deve estar acima dos interesses envolvidos, sendo obrigação sua proteger as partes com igualdade, dando-lhes todas as explicações necessárias e oportunas, e livrando-as com imparcialidade dos enganos que podem engendrar sua ignorância ou até mesmo uma possível presença de má-fé. Ele deve, em igual medida e com a mesma lealdade, tratar com esmero tanto o cliente habitual como o acidental; o que o elege como o que o aceita; o que o paga como o que se beneficia de sua atividade sem despesa alguma. É notário das partes e de nenhuma em particular: preside as relações dos particulares, e sua posição equidista dos diversos interessados<sup>23</sup>.

Diante da liberdade de escolha do tabelião, este costuma ter seus "clientes". Todavia, deve-se ter cuidado com esta expressão quando se trata de função notarial. Por cliente do notário deve ser entendido aquele que escolhe determinado tabelião, em razão da confiança neste depositada, para a lavratura de seus negócios jurídicos, sem que obtenha qualquer outra vantagem em relação ao negócio ou parte integrante deste. Visto de outro ângulo, quer isto dizer que o tabelião não pode advogar para seu cliente; deve continuar imparcial, assessorando todas as partes do negócio, e não apenas a parte que o elegeu. Pode-se dizer figurativamente que o tabelião é o advogado do ato jurídico realizado, nisto assessorando todas as partes, e nenhuma em especial.

A imparcialidade notarial significa não apenas tratar igualmente as partes, mas, também, tratá-las desigualmente, quando o caso concreto assim o exigir. 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 do mais débil se faça ouvir.

A teoria contratual já mostrou que a igualdade formal das partes (sobre a qual se ancorou o contrato por longa data) é artificial, razão pela qual foi afastada; busca-se hoje a igualdade material das partes ou, melhor dizendo, a minimização da desigualdade material, já que a igualdade nesse patamar é utópica. E, na medida em que a atuação notarial é eminentemente uma atuação contratual, não pode o direito

<sup>23</sup> Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 140.

notarial fechar os olhos a este fenômeno e não se adequar aos novos ditames jurídicos.

A atuação notarial imparcial deve garantir a manifestação real das partes, de modo que possam elas verdadeiramente manifestar sua vontade, protegendo o hipossuficiente, de modo que este também possa, pela intervenção notarial, manifestar sua vontade, ou ter algum interesse garantido na relação jurídica, o que ordinariamente não ocorreria. Não pode haver um fenômeno de mera adesão contratual na seara notarial.

A imparcialidade do notário vai além mesmo das partes, tendo ele tal dever para com terceiros não vinculados diretamente, dentre os quais se encontra, em primeiro relevo, o Estado.

O caráter de imparcialidade do agente notarial tem sido posto a coberto pelo legislador mediante um regime de impedimentos (v.g., art. 27 da Lei n. 8.935/94), bem como a obrigação de sigilo profissional (art. 30, VI, da Lei n. 8.935/94) e um sistema de responsabilidades civil, administrativa e criminal (arts. 22, 23, 24 e 31 da mesma lei), tudo a fim de mantê-lo intacto e sempre presente.

### 3.4. Princípio da publicidade

Função pública é aquela atividade própria e característica do Estado, pela razão de que a comunidade está interessada de maneira direta em sua organização e em seu cumprimento regular e contínuo<sup>24</sup>. É aquela função que, devido a sua importância para a coletividade, a todos interessa diretamente que seja prestada de forma eficiente e contínua, sendo ela, pois, exercida sob o manto estatal, que visa garanti-la.

A função a cargo do notário é pública, visto que, embora seja ela exercida sobre direitos privados, atende a um interesse da coletividade traduzido pela necessidade de afirmar a soberania do direito, garantindo a legalidade e a prova dotada de fé sobre os atos e fatos que são erigidos pelas relações privadas. Ao Estado cumpre tal mister, porém, este o exerce por intermédio da *instituição notarial*.

A função notarial é pública porquanto ao Estado pertence e a toda a coletividade interessa. Prevenir litígios, dando certeza e segurança jurídicas às relações, é atividade que a todos beneficia, embora

<sup>24</sup> Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 140-141.

exercida em casos concretos, com partes estabelecidas na relação jurídica específica.

Porém, embora pública a função, ela é desenvolvida em caráter privado, por conta e risco do notário, mediante delegação. O Estado não a exerce diretamente, embora seja o titular da função. Por outro lado, posto que exercida de modo privado, por conta e risco do tabelião, que administra privatisticamente sua notaria, e embora seja exercida sobre negócios jurídicos privados, a função é, como vimos, pública.

Esse caráter público da função notarial tem o importante condão de não permitir o seu ingresso total no mundo privado. Se, por um lado, a função notarial tem uma veia fortemente privatística, uma vez que exercida por um agente delegado, de modo privado, e sobre negócios privados, por outro, o fato de ser função pública não permite a submissão da função notarial a um regime totalmente privatístico, mantendo ela uma forte influência publicística.

Nesse sentido, decidiu o MM. Juízo da 2ª Vara de Registros Públicos da Capital do Estado de São Paulo que o notário não pode basear sua atividade nas regras da economia de mercado, vedando que faça ele publicidade mercadológica de seus serviços, permitindo tão somente a publicidade meramente informativa, sem estabelecer uma concorrência digna dos mercados privados. Tudo em razão do caráter público da função notarial<sup>25</sup>.

### 3.5. Princípio rogatório

O princípio rogatório da função notarial determina que o notário não pode agir de ofício, necessitando da provocação da parte interessada para agir. Somente após o requerimento da parte interessada é que poderá o notário agir.

Conforme as palavras de Pedro Ávila Alvarez, o notário “solamente podrá reflejar, recoger o formalizar, en escritura, acta o documento pertinente, hechos, actos o negocios para los que haya sido rogado y nunca los que, aun realizándose en su presencia, sean anteriores en el tiempo a dicha rogación”<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Decisão exarada no processo CP n. 49/01-TN, pelo MM. Juiz de Direito Márcio Martins Bonilha Filho.

<sup>26</sup> *Derecho notarial*, cit., p. 13.

A função notarial é oferecida a todos que dela necessitem; porém, a parte interessada é que deve procurá-la, provocando a atividade tabelioa, que não pode ser exercida por iniciativa própria do notário.

O requerimento para pôr em marcha a atividade notarial pode ser expresso ou tácito, escrito ou verbal. Aliás, em matéria notarial, raramente vemos a existência de um pedido expresso e escrito. A regra é o verbal, embora expresso.

Se por um lado o notário somente pode agir havendo requerimento da parte para tanto, por outro, uma vez que haja o requerimento, não pode ele negar-se a agir; está obrigado a prestar a função notarial, que é pública, salvo impedimento ou qualificação notarial negativa.

Em alguns sistemas notariais há a possibilidade do autorrequerimento, em que o notário, na condição de particular, requer a ele mesmo, agora na condição de notário, a lavratura de um ato notarial, nos casos permitidos pela legislação. No Brasil, tal hipótese não existe, sendo afastada pelo art. 27 da Lei n. 8.935/94.

### 3.6. Princípio da tecnicidade da função notarial

Técnica é a parte material ou o conjunto de processos de uma arte<sup>27</sup>.

A função a cargo do notário tem acentuado caráter técnico. É evidente que grande parte da atuação notarial depende da perfeição do tecnicismo, isto é, depende do conhecimento por parte do notário dos institutos jurídicos e dos modos de realização do direito, por meio de suas formas, fórmulas, conceitos e categorias. Deve o notário ser um profundo conhecedor dos meios de realização prática do direito, especialmente o notarial.

Daí se depreende que a técnica que deve ter o tabelião não é uma técnica qualquer, mas a técnica jurídica<sup>28</sup>, consequência direta da sua

<sup>27</sup> Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*, p. 1162.

<sup>28</sup> *Técnica jurídica* é, segundo Leib Soibelman, com amparo em Claude Du Pasquier, “o estudo dos meios de realização prática do direito”. E continua: “O direito consiste em regras que são construídas de acordo com princípios, a fim de que possa ser aplicado de maneira uniforme por todos que o manejam. A política jurídica diz qual a realidade social que deve ser regulada por lei, mas a forma de realizá-lo cabe à técnica jurídica. Ela opera através das formas, fórmulas, conceitos e categorias. Assim é que ela é quem determina quais as provas a serem admitidas em lei, regula a forma

condição de profissional do direito e do carácter jurídico da função notarial.

A atuação notarial hodierna consiste, primordialmente, em assessorar juridicamente as partes do negócio jurídico, qualificando juridicamente tal negócio e instrumentalizando-o. É evidente que para lograr tal intento, não bastará que o notário seja somente um conhecedor dos institutos jurídicos (o que deverá ser), necessitando que seja ainda um hábil manejador da arte de implementação na *práxis* destes institutos; precisará conhecer os meandros da materialização dos institutos jurídicos.

O carácter técnico da função notarial não significa (embora já tenha significado em tempos passados não distantes) que o notário esteja preso a fórmulas instrumentais. Pelo contrário, quer dizer que o notário deverá ser um profundo conhecedor da técnica notarial, isto é, da arte de materializar institutos jurídicos mediante a instrumentalização notarial, a fim de corretamente dar vazão à vontade das partes, livrando-se de modelos e fórmulas previamente fixados e dos odiosos livros pré-impresos. Além de conhecer a técnica instrumental, deverá o notário, sempre que agir, instrumentalizar seus atos, a fim de que cumpra seu mister de segurança jurídica pela produção de prova documental segura e qualificada.

#### 4. CONTEÚDO DA FUNÇÃO NOTARIAL

Foi dito anteriormente que o conceito de função notarial encerra um conteúdo definido, qual seja, o de prestar direção jurídica aos particulares no plano da realização espontânea do direito<sup>29</sup>.

Todavia, se submetermos tal conteúdo a uma análise mais detalhada, concluiremos tratar-se de uma atividade complexa, composta de funções distintas, englobadas nesta prestação de cautela jurídica do notário, a saber: a) o tabelião é consultor jurídico de seus clientes, a quem assessora e aconselha; b) ele preside seus atos jurídicos, realizando uma polícia jurídica deles; c) reveste tais atos da forma instrumental adequada<sup>30</sup>.

de sua produção, institui presunções, aceita ficções, elabora os conceitos, dá um sentido jurídico a uma série de noções naturais, reúne todos os elementos comuns de um fato formando um instituto jurídico, estabelece a forma dos atos jurídicos, estuda as técnicas de redação das leis, etc." (*Enciclopédia do advogado*, p. 341).

<sup>29</sup> Vide item 1 do presente capítulo.

<sup>30</sup> Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 145.

Tais diligências cautelares não constituem etapas incindíveis de um processo, muito embora a função notarial se concretize, mormente, pelas formas documentais que o agente autoriza.

Assinala Larraud que a atividade funcional do notário pode manifestar-se em mera ilustração de seus clientes, a respeito de reações ou situações concretas e preestabelecidas; não obstante, como o direito é naturalmente dinâmico, a atividade cautelar do notário pode plantar-se também neste terreno, e em tal caso cindir-se-á a vontade em duas direções opostas: em sentido negativo, para a frustração de um ato ou negócio jurídico, ou, em sentido positivo, para o outorgamento. Seja para ilustrar, simplesmente, aos particulares acerca do alcance de seus direitos, ou assessorá-los sobre a impossibilidade jurídica de realizar o negócio a ele submetido; seja para dirigi-los em um trâmite sucessório; certificar uma firma aposta ao pé de um instrumento particular, estudar um título ou autorizar uma escritura pública; em todos os casos, o tabelião estará realizando cabalmente a sua função, ainda que em modalidades distintas. Haja ou não autenticação, haja ou não instrumento público, existirá exercício de função notarial toda vez que o notário realizar seu mister cautelar; toda vez que dirigir juridicamente seus clientes, no terreno da realização normal do direito<sup>31</sup>.

A função notarial, enfim, é uma atividade jurídica complexa. Ela principia com o recebimento pelo notário do desígnio das partes, podendo seguir adiante para a lavratura do ato notarial competente mediante a presidência do notário, em caso de qualificação notarial positiva. Em caso de qualificação notarial negativa, por outro lado, a atuação notarial não passará de assessoramento jurídico das partes,

<sup>31</sup> "La actividad funcional del escribano puede manifestarse en mera ilustración de sus clientes, respecto de relaciones o situaciones concretas y preestablecidas; no obstante, como el derecho es naturalmente dinámico, la labor cautelar del notario puede plantearse también en este terreno, y en tal caso impartirá a la voluntad una de estas dos direcciones opuestas: en sentido negativo, hacia la frustración de un acto o negocio jurídico, o en sentido positivo, hacia el otorgamiento. Sea que ilustre, simplemente, a los particulares acerca del alcance de sus derechos, o los asesore sobre la imposibilidad jurídica de realizar el negocio que se le somete; sea que los dirija en un trámite sucesorio, certifique una firma puesta al pie de un instrumento privado, estudie un título o autorice una escritura pública; en todo caso, el escribano está realizando cabalmente su función, aunque en modalidades distintas. Haya o no haya autenticación, haya o no haya instrumento público o privado, existirá ejercicio de función notarial toda vez que dirija jurídicamente a sus clientes, en el terreno de la realización normal del derecho" (Rufino Larraud, *Curso*, cit., 146).

todavia, não é qualquer assessoramento jurídico que o notário poderá prestar. Somente poderá o notário assessorar juridicamente as partes quando se trate de matéria que envolva a realização de um ato notarial; caso contrário, trata-se de atividade privativa de advogado, na qual o notário não poderá ingressar, uma vez que estará ultrapassando os limites legais do exercício da sua função.

#### 4.1. O notário como consultor jurídico

Consultor é quem, perguntado sobre algum assunto, dá seu parecer<sup>32</sup>. O notário exara pareceres jurídicos a seus clientes, esclarecendo-os sobre a possibilidade jurídica de realizarem determinado ato, sobre a forma jurídica adequada, bem como sobre as consequências que serão engendradas pelo ato.

A complexidade de que está tomada a vida jurídica, bem como o aumento notável das relações jurídicas, tem feito com que a atividade consultiva do tabelião assuma proporções inusitadas.

Daí ter-se manifestado Sentís Melendo no sentido de que ver no notário somente um funcionário encarregado de dar fé pública é diminuir sua hierarquia, porque sua verdadeira, sua autêntica função, é a de assessor e conselheiro jurídico, a qual enfrenta absolutamente só com sua responsabilidade<sup>33</sup>.

Na medida em que o notário é um profissional do direito que exerce uma função jurídica, integra essa função o assessoramento jurídico imparcial das partes que o procuram. O notário abandonou sua faceta meramente redatora, segundo a qual aceitava passivamente a vontade manifestada pelas partes, acatando-a sem analisá-la. Deve hoje diariamente o tabelião qualificar a vontade manifestada pelas partes, assessorando-as sobre a possibilidade, ou não, de instrumentalização da vontade manifestada, da necessidade de alteração de alguma parte

<sup>32</sup> Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 146.

<sup>33</sup> Sobre o dever do notário de agir como consultor jurídico, ilustra-o Larraud trazendo à baila caso apreciado pela Suprema Corte de Justiça Uruguia: "En un caso particular planteado entre nosotros, la Suprema Corte de Justicia responsabilizó a una escribana por omisión de consejo. En informe prévio que facilitó los fundamentos de la decisión, la Oficina de Protocolos señalaba ... que 'la responsabilidad civil del escribano por incumplimiento del deber de consejo es hoy sostenida uniformemente por los autores'; y con referencias a la situación concreta que examinaba, decía que la imputada 'no ha cumplido con el deber de consejo, ya que no instruyó a sus clientes respecto a las repercusiones jurídicas de los actos que realizaban. Expediente inédito: Suprema Corte de Justicia, n. 241/1954" (*Curso*, cit., p. 147-148).

do negócio jurídico, e até mesmo acerca dos efeitos jurídicos que serão produzidos pelo negócio jurídico que pretendem as partes celebrar.

Dentre os princípios orientadores do notariado latino, propostos por José Adrian Negri, encontra-se a função de consultor jurídico do notário, traduzida na seguinte orientação: manutenção da configuração tradicional do notário como conselheiro, perito e assessor de direito; receptor e intérprete da vontade das partes, redator dos atos e contratos que deva lavrar e portador de fé dos fatos e declarações que se passem ou se façam em sua presença<sup>34</sup>.

Na França tem-se aceitado o notário como conselheiro desinteressado das partes e também redator imparcial de suas vontades, dando-lhes conhecimento de toda a extensão das obrigações que contraem. Também na Alemanha formou-se tal entendimento, sendo erigido a preceito legal<sup>35</sup>.

Igualmente no Uruguai e Argentina é reconhecida, expressa ou tacitamente, a qualidade de assessor e consultor jurídico do tabelião, além de todos os demais países que adotam o notariado de tipo latino.

Em solo pátrio, também recebeu acolhida a atividade de consultoria e assessoramento jurídico do notário, contida na função notarial. Assim se manifesta a doutrina. Leciona Cláudio Martins que "a função notarial pode assumir quatro diferentes aspectos: a) *assessoramento jurídico*, em que o notário recebe a tarefa do cliente, analisa-a, qualifica-a, aconselha e interpreta..."<sup>36</sup>. No mesmo sentido, Roberto J. Pugliese, com sustentáculo em Pedro de Castro Júnior, afirma que ao "exercer a função, o notário atua como conselheiro, confidente, assessor jurídico"<sup>37</sup>.

O notário brasileiro tem, indubitavelmente, arrolada dentre as suas funções a de conselheiro jurídico das partes, o que deve exercer com toda a perícia que dele se espera, respondendo por sua inaptidão para o desempenho de tal mister. A assessoria jurídica imparcial exercida pelo tabelião em favor das partes envolvidas no ato jurídico que se lhe submete é atividade das mais importantes na atualidade da função notarial, fruto de uma longa evolução e amadurecimento da atividade tabelioa.

<sup>34</sup> Vide item 7, Capítulo II, da primeira parte.

<sup>35</sup> Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 147.

<sup>36</sup> *Direito notarial*, cit., p. 91.

<sup>37</sup> *Direito notarial*, cit., p. 68.

Importante lembrar que o notário não pode mais atuar como mero redator qualificado, função que já exerceu, devendo qualificar juridicamente a vontade manifestada pelas partes, assessorando-as juridicamente, e acatando somente vontades conformes ao ordenamento jurídico. Em caso de qualificação notarial negativa, por estar viciada de alguma forma a vontade das partes, deve o notário orientá-las sobre como sanar tal vício e tornar, assim, possível a realização do seu intento.

Com o advento da Lei n. 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, o dever do tabelião de prestar consultoria e assessoria jurídica a seus clientes passou a ter o *status* de lei federal, pois, muito embora não haja previsão expressa, tacitamente se encontra tal preceito contido nos arts. 3º e 6º da referida *lex*<sup>38</sup>, cujo teor é o seguinte:

“Art. 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” (itálico nosso).

“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”.

Ter competência significa, aqui, ter capacidade para realizar os atos a que se referem o artigo, é ter aptidão para praticar tais atos,

<sup>38</sup> Também nas regulamentações expedidas pelas Corregedorias-Gerais da Justiça dos Estados encontramos insculpido o dever de assessoria jurídica do notário. Assim, por exemplo, as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, em seu capítulo XIV, no item 1, f, temos a assertiva de que compete ao tabelião “assessorar as partes sobre o ato notarial a ser realizado”. No que tange ao Estado do Rio Grande do Sul, a Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça, em seu art. 578, também prevê em caráter normativo a função de consultor jurídico do tabelião, ao rezar que: “Ao Tabelião é atribuída a função de: ... b) colher, interpretar e formalizar juridicamente a vontade das partes; c) intervir nos negócios jurídicos a que as partes devam ou pretendam dar forma legal ou autenticidade, redigindo e autorizando os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas...”; e, no mesmo sentido, o art. 585, cujo preceito é o seguinte: “Integra a atividade notarial: ... b) assessorar e orientar, com imparcialidade e independência, os interessados, instruindo-os sobre a natureza e as consequências do ato a realizar”.

assumindo ao mesmo tempo um caráter de obrigatoriedade, visto que, tendo o notário capacidade para prestar ditos atos a seus clientes, deverá prestá-los necessariamente, sob pena de responder por sua falta.

Embora os artigos citados não contenham expressamente as expressões *consultoria jurídica*, tampouco *assessoramento*, decorre tácita e obviamente que, em sendo o tabelião um profissional do direito, para que possa ele formalizar juridicamente a vontade das partes, bem como intervir nos atos e negócios jurídicos que as partes a ele submetam, deverá necessariamente agir como consultor e assessor das partes, esclarecendo-as sobre a possibilidade ou não de realizar-se juridicamente tal ato ou negócio, sobre qual a forma jurídica adequada e sobre as consequências que decorrerão, sem o que não se lograria realizar tal mister.

Outro não é o entendimento de Antonio Albergaria Pereira, ao propor que, ao “apreciar a substância do negócio jurídico, o notário pode ser um conselheiro e um orientador das partes, e seu conselho e orientação devem refletir não só o seu bom senso como também seus conhecimentos jurídicos. Se aconselhar as partes a não concluir os negócios, esse seu comportamento o impede de formalizá-lo, ainda que as partes insistam na sua conclusão. Podem elas procurar outro notário, sem que isso represente qualquer demérito ao notário que não acolheu o desejo das mesmas”<sup>39</sup>.

Assim, deve-se entender que tem o notário o dever, hoje legal, de prestar consultoria e assessoramento jurídico a seus clientes, podendo, pois, não manter-se restrito a conselhos jurídicos, mas, também, emitir conceitos e conselhos de valor, o que não constitui um dever funcional, mas um *plus* que só vem a melhor conceituá-lo como profissional.

Não se deve confundir, entretanto, o mister notarial com o dos advogados, embora ambos prestem assessoramento e consultoria jurídica.

O advogado deve empenhar suas forças e conhecimentos em prol dos interesses do seu cliente, ao passo que o notário deve, imparcialmente, buscar a realização do melhor resultado, de acordo com a vontade de ambas as partes envolvidas, constituindo-se numa espécie de magistrado extrajudicial. No primeiro caso, a palavra de ordem é

<sup>39</sup> *Comentários*, cit., p. 30.

*defender* (os interesses de seu cliente); no segundo, *precauer* ou *acautelar*, conduzindo as partes para a melhor solução na realização espontânea do direito, atendendo aos interesses de ambas.

Como ensina Rufino Larraud, os vocábulos “defender” e “precauer” polarizam, respectivamente, as atividades típicas de advogados e notários. E segue o mestre dizendo que há um amplo campo que resulta expressa e perfeitamente delimitado pela oposição de ambos os conceitos. Porém, diz ele, o princípio deve levar até as últimas consequências: ele se projeta logicamente sobre o âmbito que cobre a atividade de consulta e assessoramento jurídico, e o divide em duas zonas perfeitamente caracterizadas, inconfundíveis desde o ponto de vista conceitual: há um assessoramento que corresponde ao advogado, por natural extensão de *defender*, já que diz com relação a direitos questionados real ou potencialmente; é um assessoramento que se faz na ante-sala da lide, para afastá-la de seu cliente, ou para induzi-lo a ingressar com a demanda. Com amparo em Sacarello y Fuentes, assevera que, uma vez aceito o patrocínio, o advogado não pode ir de imediato à luta, senão que tenderá, por todos os meios, a uma solução extrajudicial e, nos casos duvidosos, a uma transação. As disputas judiciais são sempre perturbadoras, e assim como a medicina, que dia a dia é mais preventiva do que curativa, a advocacia deve seguir esses passos. Não há melhor substitutivo de uma decisão judicial, sempre incerta, que uma solução conciliadora efetiva e determinante dos direitos dos litigantes.

Entretanto, há uma consulta jurídica e um assessoramento que, em razão de sua natureza cautelar e preventiva, inserem-se de maneira cabal no plano da normalidade jurídica e do cumprimento espontâneo do direito, longe da lide, e correspondem ao tabelião. Desde um ponto de vista doutrinário, integram a função deste e somente em texto de lei expresso podem ser dele retirados. A consulta dessa espécie pertence, claramente, ao âmbito da Jurisprudência cautelar: o notário<sup>40</sup>.

Nada impede que o advogado atue na área de realização espontânea do direito, agindo preventivamente, sem que haja lide iminente, porém, ainda assim, agirá em defesa dos interesses de seu cliente, sendo este o cerne distintivo da atividade notarial, pois o tabelião, embora atue na mesma área, defenderá o interesse de ambas as partes envolvi-

<sup>40</sup> Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 149-150.

das, imparcialmente, agindo como mediador na busca da melhor solução, como fosse um juiz<sup>41</sup> da esfera extrajudicial, um juiz sem lide.

Em assim sendo, ao contrário do que sustentam alguns<sup>42</sup>, podem até mesmo atuar em conjunto advogados e notários (em alguns casos, obrigatoriamente, como nas hipóteses de escrituras de partilha por morte, separação e divórcio); 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, mas sempre voltadas para a realização de um ato notarial.

#### 4.1.1. A consulta escrita

Embora raramente utilizada, nada obsta que se requeira ao notário a sua opinião escrita a respeito de assuntos de sua especialidade e voltados à consecução de um ato notarial, isto é, que se lhe requeira uma consulta escrita.

Tal consulta é comumente usada pelos próprios notários na posição de consulente. Assim, quando um tabelião, associado ao Colégio Notarial do Brasil, realiza consulta àquela instituição sobre alguma questão jurídica, a fim de ter a opinião daquele órgão, ocasião em que os notários dirigentes da instituição respondem à consulta.

A consulta assim realizada mantém intactos todos os caracteres da função notarial, especialmente a imparcialidade.

Deverá o notário prestá-la com a mais absoluta probidade e objetividade, e ainda redobrar as suas cautelas e reflexões, porquanto a sua opinião se perpetuará no tempo documentadamente, sob sua firma.

<sup>41</sup> A expressão, embora tecnicamente incorreta, é válida para, metaforicamente, estabelecer uma analogia entre o notário e o magistrado, embora aquele primeiro seja alheio à lide, porém, ambos têm algumas características comuns, como a imparcialidade e a busca da solução correta ao caso, alheio aos interesses das partes, o que permite tal comparação e o uso da expressão.

<sup>42</sup> Rufino Larraud entende que “el abogado que interviene en ella” (a área de realização espontânea do direito) “invade una esfera que no le es propia, como ocurre con el notario que asesora en materia actual o potencialmente contenciosa” (*Curso*, cit., p. 150).

Rufino Larraud<sup>43</sup> frisa que, em sendo a exposição literária, muitas são as formas de ordenar o pensamento; porém, aconselha que se proceda primeiro a uma exposição clara e sintética da questão, seguindo a opinião do notário acerca do tema consultado, arrolando, por fim, as possíveis soluções para sanar as falhas jurídicas eventualmente assinaladas.

#### 4.1.2. A consulta oral

É a forma mais comum de consulta dada pelo notário. A maioria esmagadora das consultas fornecidas pelo notário são para atender a clientes que chegam até sua serventia à procura de conselho, e, portanto, são feitas de forma verbal.

A maior parte dos clientes notariais expõem ao tabelião verbalmente seus desígnios e recebem igualmente pela via verbal a análise notarial acerca da viabilidade da realização jurídica daquilo que se pretende realizar por intermédio da função notarial.

Assinala Larraud<sup>44</sup> o risco de o notário deixar-se deslumbrar pelo prestígio um tanto espetacular da fé pública e do rito instrumental, sem perceber que o labor de assessoramento e conselho formam a parte principal da vida profissional.

A consulta oral formulada ao notário pode assumir um duplo sentido: por vezes se traduz em mera ilustração de uma dada situação jurídica; em outras, integrará as tratativas de um negócio que se busca concluir.

Embora verbal, deve o notário refletir cautelosamente antes de formular o parecer, avaliando minuciosamente a situação, a fim de evitar opiniões apressadas e superficiais, procedendo, se a questão for de alta indagação jurídica, a um aprofundado estudo, dando a resposta à consulta em entrevista posterior.

#### 4.2. Polícia jurídica

O notário preside os atos jurídicos de todos aqueles que procuram seus serviços, e realiza a polícia jurídica de tais atos, isto é, realiza a verificação jurídica dos atos, atuando no sentido de somente produzir atos jurídicos perfeitos, que exarem sua carga eficaz plena, prevenindo assim futuros litígios.

<sup>43</sup> *Curso*, cit., p. 152.

<sup>44</sup> *Curso*, cit., p. 153.

Larraud<sup>45</sup>, ancorado em Fiorini, leciona que a função de polícia é de caráter administrativo, e que é condição sua a prevenção, bem como que tende a regular o equilíbrio necessário entre a existência individual e a perturbação do bem comum. Por esta linha de pensamento resulta que a polícia jurídica é função de natureza administrativa, cujo mister é o da manutenção da ordem jurídica, da luta contra o perigo e a perturbação.

A polícia jurídica exercida pelo notário é um meio de realização do direito que se bifurca em dois aspectos: a verificação da juridicidade dos atos que são submetidos à função notarial, bem como a aplicação do mister notarial de acordo com os ditames do direito, e o zelo pela autonomia da vontade. Tudo de acordo com o princípio da juridicidade que rege a função notarial.

Quanto ao primeiro aspecto, revela o dever do notário de desempenhar sua função em consonância com o ordenamento jurídico; deve receber a vontade das partes e moldá-la de acordo com o direito, dentro de formas jurídicas lícitas. Não pode ser o tabelião o sustentáculo de atos ilícitos, contrários ao direito. Aliás, tal dever recebe caráter normativo no art. 6º, I, da Lei federal n. 9.835/94, ao rezar que aos “notários compete: I — formalizar juridicamente a vontade das partes...” , bem como, no que tange ao Estado do Rio Grande do Sul, na Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça, nos arts. 578 e 596, ao dispor, respectivamente, o seguinte: “Ao Tabelião é atribuída a função de: ... b) colher, interpretar e formalizar juridicamente a vontade das partes”; e “Os Tabeliões só poderão lavrar ou autenticar, inclusive através de reconhecimento de firmas, atos conformes com a lei, o direito e a justiça”.

Cumprir notar que a complexidade das relações sociais e jurídicas obrigam a uma intervenção cada vez mais acentuada do Estado na autonomia da vontade privada, a fim de dar uma igualdade jurídica às partes, compensando a sua desigualdade material, evitando excessos jurídicos e entrelaçando paritariamente os direitos individuais visando ao bem comum ordenado pelo sistema jurídico. Há uma relativização do princípio do *pacta sunt servanda* — outrora irrepreensível — em face dos princípios de ordem pública estabelecidos que se sobrepõem aos interesses dos particulares. Uma dessas formas de inter-

<sup>45</sup> *Curso*, cit., p. 155.

venção estatal na vontade privada é a *instituição notarial*. Assim, tranquilo perceber que o notário, ao receber a vontade das partes, deverá atentar para tais questões.

O outro aspecto contempla a obrigação do tabelião de velar pela autonomia da vontade daqueles que o procuram; deve ele assegurar às partes, dentro do possível, uma situação de igualdade, bem como assegurar a livre emissão da vontade, despida de qualquer vício, recusando-se a desempenhar sua função caso apure estar tal vontade eivada por algum vício que a afete.

Note-se que ambos os aspectos obedecem a um princípio de legalidade.

Por derradeiro, a polícia jurídica que exerce o notário refere-se à obrigação que tem ele de ajustar sua função técnica ao princípio da legalidade, seja adequando a vontade das partes dentro do ordenamento jurídico, seja zelando pela autonomia privada, dentro dos limites legais.

### 4.3. As formas jurídicas

Com uma abrangência bastante ampla, leciona Larraud<sup>46</sup>, com suporte em Couture, que por forma, em direito, entende-se todo elemento que envolve exteriormente um fenômeno jurídico.

Marcos Bernardes de Mello, ao tratar do negócio jurídico, ensina que tudo “no mundo se nos oferece sob uma determinada forma. Por isso, quando se classifica o negócio jurídico sob a sua forma, não implica dizer que haja espécie que não tenha forma, mas se leva em conta que as normas jurídicas, considerando a necessidade de melhor documentar (provar) certos negócios, determinam que sejam realizados por meio de formas mais ou menos solenes, ou sem qualquer solenidade”<sup>47</sup>.

Franzen de Lima, analisando a questão da forma nos atos jurídicos, disse ser ela a “maneira pela qual a vontade se manifesta”, asseverando que tal manifestação da vontade “se revela por várias formas: pela palavra, oral ou escrita; por gestos, por sinais convencionais e, até, pelo silêncio”. No mesmo diapasão, Clóvis Beviláqua e Tito Ful-

<sup>46</sup> *Curso*, cit., p. 157.

<sup>47</sup> *Teoria do fato jurídico*, 1993, p. 176.

gêncio ensinam que “forma é o conjunto de solenidades que se devem guardar para que a declaração de vontade tenha eficácia jurídica”<sup>48</sup>.

Toda vontade humana se realiza de determinada forma; ao exteriorizar sua vontade, o ser humano o faz mediante um canal, um meio, que conduza sua vontade de seu interior para o exterior; esse canal é a forma. Daí não ser possível confundir-se forma com documento ou instrumento, ou com formas mais solenes como a escritura pública.

Todo ato jurídico implica uma ação, positiva ou negativa; toda ação implica uma exteriorização, e toda exteriorização implica uma forma. Não há ato sem forma. Até mesmo os fatos jurídicos, que não contêm vontade humana em seu suporte fático, manifestam-se de alguma forma, sem o que seriam imperceptíveis<sup>49</sup>.

Em suma, forma é a exteriorização de um fenômeno pertencente ao mundo jurídico; é o conjunto de caracteres externos que revestem um fato jurídico *lato sensu*. Sem que haja essa exteriorização, não será possível reconhecê-lo, logo, não existirá no mundo jurídico. É a forma que dá existência ao ato jurídico, dá ser à coisa<sup>50</sup>.

A vontade não exteriorizada, conservada no âmbito do subjetivo, não tem relevância jurídica, não pode ingressar na concreção do suporte fático de normas jurídicas.

Um ato só terá relevância jurídica quando exteriorizado, pois um movimento puramente interno do pensamento, sem um mínimo de exteriorização, não contaria para a vida prática da humanidade, no estado atual das ciências<sup>51</sup>.

Assinala Couture que a forma jurídica é uma confecção que permite distinguir o fato jurídico daqueles outros que não o são, caracterizando-o, individualizando-o, permitindo determiná-lo em função de suas manifestações aparentes<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Apud João Franzen de Lima, *Curso*, cit., v. 1, p. 347.

<sup>49</sup> Não há que confundir, entretanto, a forma com o meio material que ela utiliza, como palavras, documento, silêncio etc. A forma, como nota J. Ignacio Cano Martínez, não é propriamente o meio material que contém a manifestação de vontade, senão a coerência entre o conteúdo do ato jurídico e a manifestação de vontade, que se utilizam de algum meio material para virem ao mundo jurídico (*La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, p. 15).

<sup>50</sup> *Forma dat esse rei* (Cláudio Martins, *Direito notarial*, cit., p. 121).

<sup>51</sup> Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 158.

<sup>52</sup> “La forma jurídica — enseñaba Couture — es una hechura plástica que permite distinguir el hecho jurídico, de aquellos otros que no lo son; caracterizándolo, individualizándolo, permitiendo determinarlos en función de sus manifestaciones aparentes” (Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 158).

Mais uma vez preciosa lição traz à baila o conspícuo professor Rufino Larraud: “No vale la pena insistir demasiado en la demonstración de cuánto interesa al derecho la fijación ostensible del hecho mediante el cual se cumple la premisa de la ley; debe señalarse, en cambio, que la exteriorización de tal ocurrencia es, en derecho, misión cumplida por las formas que envuelven plásticamente al hecho”. E segue: “El pensamiento puede exteriorizarse por operaciones o comportamientos del sujeto; pero también puede serlo mediante su declaración. El principal instrumento de la declaración es la palabra, oral o escrita”<sup>53</sup>.

Os fatos jurídicos, especialmente os negócios jurídicos, não podem ser pensados apenas para o momento, mas devem ser perpetuados no tempo e no espaço, por questões de prova, na busca da paz social e da certeza jurídica. Neste labor têm fundamental importância as formas em direito.

Assim que, por questões de ordem pública, em determinados momentos, o ordenamento jurídico exige solenidade especial<sup>54</sup> no que tange à forma<sup>55</sup>, muito embora a regra seja a da liberdade de forma, insculpida no art. 107 do Código Civil pátrio, que preceitua: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Em regra, a forma é livre; qualquer forma adotada serve para o direito. Exceção é a exigência de alguma solenidade específica, e, por ser exceção, deve estar prevista expressamente na lei.

Nesse sentido, elucidativa a assertiva de Marcos Bernardes de Mello, ao abordar a questão dos negócios jurídicos solenes e não solenes: “No direito hodierno, no tocante aos negócios jurídicos, vigora o princípio da liberdade de forma, em razão do qual a exigência de

<sup>53</sup> *Curso*, cit., p. 157.

<sup>54</sup> Explica Marcos Bernardes de Mello que solene “é qualquer ato que requeira alguma solenidade especial, nem que seja a assinatura de um escrito particular” (*Teoria do fato jurídico*, cit., 1993, p. 177).

<sup>55</sup> “É costumeira a observação doutrinária de que não se devem confundir *forma* e *prova*. Na verdade a forma não visa somente à prova do ato jurídico, mas, sim, à certeza das declarações de vontade. Quanto mais importante o ato, maiores as exigências de forma. No entanto toda forma especial serve, indiscutivelmente, à prova do ato jurídico. Essa afirmativa defluiu como normal consequência da orientação do Código Civil, que, nos arts. 129 a 144, trata conjuntamente da forma e da prova dos atos jurídicos” (Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 36).

forma solene constitui exceção. Apesar disso, em alguns casos, a forma assume tal importância que é incluída, até, entre os elementos completantes do núcleo do suporte fático, como ocorre no casamento e no testamento (...). De ordinário, porém, a forma solene constitui elemento complementar do suporte fático (...)”<sup>56</sup>.

Quanto mais complexo o ato jurídico, quanto mais vultoso, quanto mais importante, maiores as exigências quanto à sua forma, traduzindo-se esta em uma forma solene, a fim de melhor documentar tal ato, facilitando a sua prova, dando mais certeza sobre a vontade manifestada e credibilidade ao seu conteúdo, rumando assim mais efetivamente à tão almejada paz social.

Se a lei exigir solenidade específica, o descumprimento acarreta a nulidade do ato, se outra não for a sanção especial para o caso, nos termos do art. 146, IV, do Código Civil, não havendo sequer a possibilidade jurídica de se demonstrar que a finalidade a ser atingida pela exigência da forma especial foi obtida na prática. Daí asseverar Ascensão que “as regras sobre forma não são regras inteligentes”<sup>57</sup>.

Porém, uma vez celebrado o ato jurídico, obedecendo à solenidade determinada pela lei, o desaparecimento posterior dessa solenidade não altera a validade do negócio jurídico. Assim, se certa doação de imóvel celebrar-se por escritura pública, não altera a validade de

<sup>56</sup> (*Teoria do fato jurídico*, cit., 1993, p. 177). Anote-se que, segundo o mesmo autor, os elementos completantes do núcleo, como o próprio nome já sugere, são fatos outros, além do cerne do suporte fático, que completam o núcleo integrando-o e, por isso, têm influência direta sobre a existência do fato jurídico; em havendo a sua falta, não há a suficiência do suporte fático, não incidindo por isso a norma jurídica, inexistindo pois o fato como jurídico. Já os elementos complementares, por seu turno, complementam o núcleo do suporte fático, não o integrando, gerando por isso consequências nos âmbitos da validade e da eficácia, sem exercer influência quanto à existência. “São exemplos de negócios jurídicos em que a forma é elemento complementar, portanto, pressuposto de sua existência: os negócios jurídicos reais, em que se não houver a *tradição* do objeto (forma) não há negócio; o testamento, uma vez que não se pode considerar como tal disposições de última vontade feitas por outra forma que não as ordinárias (público, cerrado e particular) ou especiais (marítimo e militar), previstas no Código Civil. No caso do testamento, quando realizado por uma das espécies previstas pela lei, a falta de alguma solenidade (no testamento público, se as testemunhas não estiverem presentes durante todo o ato, *e. g.*) o faz nulo. A nulidade é causada pela falta de alguma solenidade prevista para a espécie (Código Civil, art. 145, IV), enquanto a inexistência se dá quando as declarações são feitas por outra forma que não uma daquelas enumeradas na lei” (*Teoria do fato jurídico*: plano da existência, cit., p. 42-6; *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 36).

<sup>57</sup> *Direito civil*: teoria geral, v. 2, p. 65.

tal doação a destruição posterior do livro notarial no qual se encontra tal escritura.

Nos atos solenes, solene também será a anuência ou a autorização que deva ser dada para a realização do ato jurídico. Nesse sentido, o cônjuge, casado pelo regime da comunhão parcial de bens, que pretenda alienar bem imóvel privativo seu de valor superior a trinta salários mínimos, deverá ter a anuência do outro cônjuge dada em escritura pública (arts. 108, 220 e 1.647 do CC).

Formas existem que vêm associadas à natureza das coisas, pois não há como se conceber movimento íntimo do ânimo sem que ele esteja revestido de alguma forma. Tais formas chamam-se de *formas de natureza* e são inerentes, indispensáveis ao pensamento traduzido a uma expressão concreta. Também existem as formas ditas *em sentido próprio*, que são um elemento acidental ou acessório da manifestação da vontade que visam assegurar certas consequências jurídicas<sup>58</sup>; são um envolto complementar à manifestação de vontade, que o ordenamento jurídico requer para que tal manifestação ou exista no mundo jurídico, ou tenha validade ou eficácia. Nesta última conotação compreendem-se as solenidades formais exigidas pelo ordenamento a determinados negócios jurídicos, e também é aí que reside o maior interesse para a seara notarial.

As formas, tão mais solenes quanto mais complexo for o ato, têm manifestas vantagens no direito. Elas incitam o sujeito para que reflita a respeito do ato no qual está a intervir, evitando uma possível precipitação, bem como determinam, explicitam o caráter jurídico do ato, além do que demarcam o momento em que nasce um acordo de vontades. Impregnam o ato de uma atmosfera de segurança, de certeza jurídica.

A forma tem a função de exteriorizar a vontade dos atos jurídicos.

José de Oliveira Ascensão identifica como sendo três os fundamentos para a exigência legal de solenidade especial:

“1) a necessidade de levar as partes a reflectir antes de praticarem actos consideravelmente graves (ex., o casamento);

2) o reforço da segurança do negócio, nomeadamente por per-

<sup>58</sup> Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 158-159.

mitir a intervenção de terceiros (ex., quando se exigir a forma de escritura pública);

3) a facilitação da prova dos actos”<sup>59</sup>.

Aos fundamentos apontados por Ascensão, convém completar que as formas jurídicas solenes têm a importante função de preservar a higidez da manifestação de vontade das partes, e, modernamente, têm também a função de tutelar o hipossuficiente da relação jurídica. Neste tocante, a atuação notarial, por exemplo, por meio de seus princípios de juridicidade, cautelaridade e imparcialidade, tem a importante função de nivelar, na medida do possível, materialmente as partes, igualmente formais, mas em essência desiguais. Assim, a parte materialmente débil receberá tutela jurídica mediante intervenção notarial, que lhe prestará assessoramento e atenção especiais, minimizando o degrau material existente.

Mais do que isso, as formas constituem, como bem observa José L. Mezquita Del Cacho<sup>60</sup>, a noção-nervo de um sistema de direito cautelar voltado a fornecer segurança preventiva nas relações privadas com o escopo de evitar o litígio, que é socialmente desgastante.

Assim, as formas jurídicas, solenes e não solenes, têm papel fundamental no direito, máxime na realização espontânea do direito, quando são decisivas para a certeza jurídica e a paz social. Daí decorrer que muito salutar é a exigência de formas mais solenes à medida que cresce a complexidade, a seriedade e a importância do ato, como, por exemplo, a exigência de escritura pública nos casos arrolados pelo art. 108 do Código Civil brasileiro.

O festejado notarialista uruguaio Rufino Larraud também exalta a importância e pertinência das formas em direito, pois, segundo ele, para aqueles que afirmam que as formas jurídicas são incômodas, pode-se responder-lhes que em efeito poder-se-ia prescindir delas e optar por uma cômoda incerteza; todavia, completa ele, não parece que tal solução generalizada seja desejável para a paz social. Ensina ainda o notarialista que é preciso adaptar as formas racionalmente, como corresponde a sua natureza técnica; cada forma jurídica deve estimar-se em seu valor técnico, como um meio apto para lograr determinada finalidade: não a forma em si mesma, mas como um meio

<sup>59</sup> *Direito civil*, cit., v. 2, p. 64.

<sup>60</sup> *Seguridad jurídica*, cit., p. 353-354.

da técnica jurídica, que, se não se adapta ao objeto perseguido, deve desaparecer<sup>61</sup>.

As formas podem ser classificadas de várias maneiras, dependendo do referencial a ser tomado.

José de Oliveira Ascensão, sob um desses referenciais, classifica as formas em *legais*, cuja exigência decorre da lei; *voluntárias*, as quais ocorrem quando as partes, voluntariamente, utilizam forma mais solene do que a exigida pela lei, como, por exemplo, no caso de as partes celebrarem um contrato de locação de imóvel urbano por escritura pública, quando a lei não faz tal exigência formal; há um excesso de forma que não acarreta qualquer problema, pois as partes podem adotar forma mais solene do que a exigida por lei se pretendem agregar mais segurança ao seu negócio e, nesse ponto, no que toca aos atos notariais, não pode o notário negar-se à lavratura de ato notarial sob o argumento de que para tal ato jurídico a lei não exige a forma pública; e, por fim, as formas *convencionais*, as quais são essenciais à substância do ato jurídico, não por exigência legal, mas por convenção negocial (art. 109 do CC), cujo desrespeito acarreta a presunção de que não há contrato, mas minuta de contrato, uma vez que se as partes convencionaram não querer vincular-se a não ser pela forma estipulada, não há validade como negócio jurídico<sup>62</sup>.

Grande parte da doutrina as distingue em *ad probationem* e *ad solemnitatem*. As primeiras, para designar a forma externa, que tem por fim a prova do ato; as segundas, referindo-se à forma interna, ao ritual intrínseco ao ato, imposto pela lei.

Marcos Bernardes de Mello critica fervorosamente tal distinção. Primeiro porque “a finalidade precípua de toda a forma é *documentar* o ato jurídico (...). A forma instrumental tem por objetivo principal

<sup>61</sup> “De ahí que a quienes afirman que las formas jurídicas son incómodas, puede responderse que en efecto podría prescindirse de ellas y optar por una cómoda incertidumbre; pero no parece que esto, como solución generalizada, fuera deseable para la paz social. Por otra parte, es curioso que en materias de derecho comercial y bancario se adoptan formas de gran rigorismo que no sólo no obstaculizan el normal desarrollo de las transacciones, sino que constituyen un importante factor de aceleración; por ejemplo, el *cruzado* de cheques. No obstante, es preciso adoptarlas racionalmente, como corresponde a su naturaleza técnica. Cada forma jurídica debe estimarse en su valor técnico, como un medio apto para lograr determinada finalidad: no la forma por sí misma, sino como un medio de la técnica jurídica, que si no se adecua al objeto perseguido debe decaer” (Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 160).

<sup>62</sup> *Direito civil*, cit., v. 2, p. 62-63.

facilitar a prova do negócio jurídico. Nesse sentido, toda forma especial é *ad probationem*”. Segundo porque não há rigor científico em estabelecer-se tal distinção. Determina que entre um testamento e um contrato de compra e venda em que se exija instrumento público, por exemplo, há diferenças no ritual, “em razão da complexidade, mas ambos os negócios jurídicos são formais e são solenes e, ao final, os documentos que deles resultam (...) se destinam, precisamente, a prová-los. Em ambos os casos, no entanto, são exigidas solenidades indispensáveis próprias de cada um (forma interna)”. Terceiro, porquanto há “negócios para cuja realização a lei não exige solenidade alguma, mas que nem por isso deixam de ter forma”, como, por exemplo, a compra e venda de bens móveis<sup>63</sup>.

No mesmo sentido, manifesta-se Washington de Barros Monteiro, com supedâneo em Clóvis Beviláqua: “Tem, pois, razão Clóvis, quando afirma a atual inutilidade da distinção entre forma *ad solemnitatem* e *ad probationem*; na sistemática do Código, não há mais formas impostas exclusivamente para prova dos atos; estes ou têm forma especial, exigida por lei, ou a forma é livre”<sup>64</sup>.

Desta feita, não merece maior relevo a distinção tão comumente feita entre formas *ad probationem* e *ad solemnitatem*, pelas razões acima expostas.

O direito separou a forma e o conteúdo do negócio jurídico, jungidos no direito arcaico. O que importa, hoje, é o conteúdo, muito mais do que a forma, de modo que não pode prevalecer a forma despidida de valor, a forma oca, sem maior significação. É de se extirpar do ordenamento a forma pela forma.

Nesse sentido, num ponto parece justificar-se a distinção entre forma *ad probationem* e *ad solemnitatem*. Em regra, a forma ou a formalidade exigida para o ato deve ser respeitada sob pena de invalidade por nulidade, não sendo possível sequer provar que no caso concreto a finalidade da solenidade tenha sido atingida. Essa é a regra, a qual decorre da lei. Porém, se a forma ou formalidade houver sido instituída tão somente para servir para prova de determinada situação jurídica, o seu descumprimento não terá o condão de invalidar o negócio, embora possa acarretar outras consequências jurídicas. Para que isso aconteça, mister se faz restar claro o caráter meramente

<sup>63</sup> *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 37-38.

<sup>64</sup> *Curso de direito civil*, v. 1, p. 243.

probatório da solenidade, sem o que prevalecerá a regra legal da nulidade. É a situação do art. 215, § 1º, V, do Código Civil: se for lavrada uma escritura de compra e venda na qual não conste a declaração de ter sido pago o Imposto de Transmissão devido, será tal escritura nula por não obedecer à formalidade imposta legalmente? Tenha sido pago o imposto ou não, a compra e venda será válida, pois trata-se de solenidade imposta para auxiliar na prova do pagamento do aludido imposto, que em nada afeta a validade do ato. Obviamente o notário faltoso há de responder por seu ato, administrativamente e tributariamente, caso o imposto não tenha sido recolhido<sup>65</sup>.

As formas podem ser classificadas em solenes e não solenes<sup>66</sup>. Forma solene é aquela que requer alguma solenidade especial, ainda que seja a assinatura de um escrito particular, por exemplo; é aquela para a qual a lei ou a vontade das partes<sup>67</sup> impõe alguma formalidade especial; a manifestação de vontade, para que produza seus efeitos, deve-se dar de determinada forma. Forma não solene, por via de consequência, é aquela para a qual não há exigência de nenhuma solenidade especial; a forma é livre.

Em sendo a forma solene, pode ela estar incluída entre os elementos completantes do núcleo do suporte fático, como ocorre no casamento e no testamento, acarretando a sua inobservância a inexistência do negócio jurídico. Podem, porém, como, aliás, comumente ocorre, integrar ele a forma, os elementos complementares do suporte fático, implicando a sua inobservância em uma invalidade<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Interessante lição nos traz J. Ignacio Cano Martinez, ao classificar os atos jurídicos em *propriamente ditos*, os quais não afetam nem as partes nem terceiros; *negociais*, os quais afetam o interesse das partes; e *negócios jurídicos*, onde há a afetação de interesses de terceiros, afirmando que somente neste últimos, as formas são *ad solemnitatem* (*La exteriorización*, cit., p. 19).

<sup>66</sup> Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 38.

<sup>67</sup> As partes podem negocialmente estabelecer que determinado negócio jurídico, para o qual não haja exigência de forma especial, isto é, para o qual a forma seja livre, seja realizado por meio de instrumento público, passando este último a ser da substância do ato, de acordo com a exegese do art. 109 do Código Civil brasileiro.

<sup>68</sup> Rufino Larraud, com suporte em González Palomino, refere-se a tais modos de a solenidade integrar o suporte fático como *formas de ser* e *formas de valer*: “Independientemente de aquel mínimo formal indispensable para que la voluntad se exteriorice, suele exigirse al acto un añadido más, para reconocerlo como existente en el campo del derecho: los requisitos constitutivos de ese añadido son *formas de ser*. Otras veces se alude a ciertos elementos que son agregados al ser ya existentes, al acto ya nacido y con categoría jurídica, a los efectos de que pueda probarse: éstas son *formas de valer*.”

As solenidades das formas podem ser classificadas em formais e substanciais<sup>69</sup>.

As solenidades formais são aquelas que fazem parte integrante da forma prescrita para o ato jurídico; fazem parte do rito peculiar a determinado ato, como elemento de sua forma. Assim, por exemplo, nos pactos antenupciais e nos contratos translativos de direitos reais sobre imóveis cujo valor supera o limite estabelecido no art. 108 do Código Civil brasileiro, em que a escritura pública é solenidade formal exigida; no testamento cerrado, em que são solenidades formais os requisitos arrolados no art. 1.868 do Código Civil brasileiro etc.

Solenidades substanciais são aquelas exigências formais prescritas por lei que não integram o rito peculiar ao ato jurídico; são aquelas que, embora não façam parte da forma do ato, são exigidas para sua realização, como bem leciona Marcos Bernardes de Mello: “Não dizem respeito diretamente à forma, mas à realização do ato em si”<sup>70</sup>. Como exemplos, podemos citar a autorização judicial para que o pai venda bens do filho incapaz; a competência do oficial para subscrever o instrumento público, bem como que esteja no exercício regular das funções inerentes ao cargo etc.

Tal distinção é bastante pertinente porquanto o Código Civil, em seu art. 166, no inciso IV, refere-se às solenidades formais, ao passo que, em seu inciso V, refere-se às solenidades substanciais.

Reside notadamente aí a diferença entre forma e formalidade. Aquela pertence à estrutura do ato, sendo, pois, a maneira como ele se revela, ao passo que esta representa o seu exterior, compreendendo requisitos prévios, contemporâneos ou posteriores à realização do ato<sup>71</sup>.

Uma venda de imóvel que valha quinhentos mil reais deverá ser celebrada por escritura pública, nos termos do art. 215 do Código Civil. Porém, além de ser adotada a forma solene legalmente determinada, deverão ser observadas as formalidades previstas no aludido art. 215, sob pena de invalidade do negócio.

Las *formas de ser* dan existencia al acto; las *formas de valer* lo demuestran, permiten que se le haga valer en caso de necesidad, como base del ejercicio de un derecho” (*Curso*, cit., p. 161-162).

<sup>69</sup> Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 38-40.

<sup>70</sup> *Teoria do fato jurídico*: plano da validade, cit., p. 39.

<sup>71</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direito civil*, cit., v. 2, p. 61.

No dizer de Manuel Albadejo, a forma é a maneira de realizar-se o ato, não consistindo em um elemento a mais do negócio, senão em uma vestidura exterior desse negócio, enquanto as formalidades são outros elementos que se agregam à manifestação de vontade para, juntamente com esta, constituir o ato jurídico<sup>72</sup>.

Releva notar que, quando a forma exigir solenidades especiais, a prova do ato só poderá ser feita mediante a própria forma especial, conforme inteligência do art. 212 do Código Civil, *a contrario sensu*, e art. 366 do Código de Processo Civil pátrio. Por seu turno, quando o ato não exigir forma solene, a sua prova poderá ser feita por todos os meios de prova em direito admitidos, pois, embora o art. 212 do Código Civil arrole determinados meios de prova, tal artigo é exemplificativo e não taxativo, sendo ele complementado pelo art. 332 do já referido diploma instrumental.

Não se deve confundir forma e publicidade. A primeira, como vimos, é a coerência entre o conteúdo do ato jurídico e a vontade manifestada; é a exteriorização da vontade, que sai dos porões do íntimo humano e passa a ingressar no mundo jurídico. É um fenômeno *inter partes*. A publicidade, ao contrário, existe para os terceiros, para dar conhecimento de determinadas situações jurídicas para terceiros não integrantes da relação jurídica, possibilitando e garantindo o tráfico jurídico de tais direitos. Na forma, atua o notário; na publicidade, o registrador.

O notário atua no âmbito da forma; no plano da validade; no campo dos direitos obrigacionais puros. O registrador atua na publicidade; no plano da eficácia; no campo dos direitos reais ou obrigacionais com eficácia real.

Analisar e entender o instituto jurídico da publicidade, e diferenciá-lo do instituto da forma, é fundamental para entender a função registral e, assim, diferenciá-la da notarial, possibilitando um melhor entendimento desta.

A publicidade jurídica encontra-se inserta no fenômeno mais amplo do conhecimento jurídico, isto é, do conhecimento enquanto fato juridicamente relevante. Assim, para que se possa bem analisar e compreender o fenômeno publicitário, mister se faz averiguar previamente, ainda que de maneira perfunctória, o conhecimento em suas

<sup>72</sup> *Derecho civil*: introducción y parte general, v. 1, p. 753-755.

várias formas de relação com o direito, para que após se possa, então, buscar entender a publicidade jurídica.

O direito consiste em um conjunto de normas que regulamentam as atividades inter-humanas, possibilitando a vida em sociedade, de uma maneira minimamente harmoniosa.

Dentro dessa regulamentação das atividades inter-humanas, das relações entre pessoas, o conhecimento tem, por certo, uma função jurídica bastante relevante.

O direito tutela, via de regra, somente a vontade humana externada, não ingressando no mundo jurídico a mera intenção de exteriorização de alguma vontade (embora possa ela, excepcionalmente, integrar o suporte jurídico de alguma norma jurídica, sendo, entretanto, de difícil prova, devendo ser apurada mediante elementos objetivos que tornem possível a sua colheita). Da mesma forma, o estabelecimento de relações jurídicas entre pessoas depende do conhecimento da situação jurídica da outra parte.

Assim, seja pelo direito tutelar, via de regra, somente as situações humanas externadas<sup>73</sup>, não deixando ingressar no mundo jurídico aquelas que se mantiveram enclausuradas na *psique* humana, seja pela necessidade de que as pessoas tenham ciência da situação jurídica daqueles com quem desejem estabelecer relações de direito, o conhecimento tem um papel fundamental nas ciências jurídicas.

Os elementos que compõem o suporte fático da norma jurídica preenchem-se através da incidência em fatos da vida constatáveis, porque de alguma forma se manifestaram, e, mesmo quando integre o suporte fático algum elemento da vontade não externado, ou a própria vontade não externada<sup>74</sup>, é preciso que sejam eles constatáveis através de fatos outros externados, que conduzam àqueles, de maneira que a ordem jurídica exige, indubitavelmente, um mínimo de exteriorização.

<sup>73</sup> Nesse sentido, alerta Andrés von Tuhr que “a vida interior do homem não produz efeitos diretamente sobre o mundo externo [...] carecem de eficácia no mundo jurídico”, e que a vontade “somente pode produzir efeitos em forma de ato” (*Derecho civil*: teoría general del derecho civil alemán, p. 139).

<sup>74</sup> Pois, como leciona Von Tuhr, após materializada a vontade através de uma ação, em forma de ato jurídico, o direito pode atribuir significação aos motivos e propósitos do agente, ademais de a própria vontade não manifestada poder ter significação jurídica como fenômeno complementar de um fato externo (*Derecho civil*, cit., p. 139-141).

O conhecimento que importa aqui não é propriamente aquele que faz com que as pessoas conheçam ou não as situações jurídicas decorrentes da incidência da norma jurídica, mas, sim, aquele que integra o suporte fático da norma jurídica, como elemento seu, e que o torna juridicamente relevante, sem o que o fato ou não é jurídico ou não terá determinada eficácia<sup>75</sup>.

Não é o conhecimento da incidência da norma que torna o fato jurídico. A incidência haverá, e os efeitos decorrerão, havendo, ou não, conhecimento, se este não for um elemento do suporte fático da norma jurídica (embora possa o titular da situação jurídica engendrada não exigir a prestação devida por desconhecer o surgimento da situação que lhe favorece).

Entretanto, às vezes, por uma apreensão equivocada, imagina-se *ser* aquilo que *não é*, ou tem-se por *não sendo* o que em realidade *é*. Tal razão faz com que, por questões de segurança do tráfico, o direito eleve a elemento do suporte fático o conhecimento — exigindo-o para que nasça o fato jurídico, ou para que este tenha certa eficácia —, ou tutele juridicamente o desconhecimento — fazendo *ser* juridicamente aquilo que *a priori não era*, mas que aparentava *ser*.

O *conhecimento*, nesse sentido, é a representação intelectual de uma realidade jurídica<sup>76</sup> (existente ou aparente, mas tutelada pelo direito).

Embora o conhecimento esteja ligado à constatação de uma realidade, não está o seu conceito jurídico ligado à constatação de uma verdade (aquilo que realmente *é*). A realidade jurídica constatada pode ser verdadeira (porque o fato jurídico existe), ou não ser verdadeira (porque o fato que se pensa existir não existe). Porém se o direito tutela o conhecimento de uma situação aparente externada, está-se diante de conhecimento em seu sentido jurídico, embora não haja na gênese a verdade sobre a situação conhecida.

O conhecimento jurídico tem, assim, um conceito peculiar, desvinculado do sentido psicológico ou filosófico, e que pode ter várias

<sup>75</sup> Conforme leciona Pontes de Miranda, o “fato do *conhecimento* entra, por vezes, nos suportes fáticos, especialmente do direito civil e do penal. Tem relevância, então, o conhecer, ou o não conhecer” (*Tratado de direito privado*, t. 1, p. 134).

<sup>76</sup> Carlos Ferreira de Almeida, *Publicidade e teoria dos registros*, p. 7.

gradações, de acordo com as possibilidades previstas na norma jurídica<sup>77</sup>.

Nesse sentido, em alguns momentos, a norma jurídica exige, para que haja conhecimento jurídico, o conhecimento efetivo, isto é, que determinada pessoa tenha realmente apreendido determinado fato ou determinada situação jurídica, exigindo, para a certeza de que tal resultado será atingido, como regra, determinada solenidade.

A solenidade exigida com o fim de buscar o conhecimento efetivo é, muitas vezes, uma *comunicação de conhecimento*, a qual passa a integrar os elementos formadores do suporte fático da norma jurídica. Tal comunicação, geralmente, pode ser substituída pela prova do efetivo conhecimento, porque este é o fim que se busca através dela, e que pode já ter sido atingido por outro meio, convertendo-a, então, em uma solenidade vazia. É o que ocorre, *verbi gratia*, no caso do art. 687 do Código Civil<sup>78</sup>. Porém, há casos em que a prova do conhecimento efetivo não basta, porque a norma exige alguma solenidade como meio imperativo de chegar ao conhecimento. É o que se tem, por exemplo, na cessão de crédito, a qual, para que seja oponível ao devedor, deverá ser a ele notificada. Pode o próprio devedor declarar-se ciente por escrito público ou particular (art. 290 do CC).

Em alguns casos, a norma jurídica contenta-se com o conhecimento em si mesmo, enquanto em outros exige não apenas o conhecimento efetivo, mas alguma solenidade específica como meio seguro de chegar ao conhecimento, como a comunicação ou a declaração solene de conhecimento, por exemplo.

A comunicação de conhecimento, quando feita corretamente, equivale ao conhecimento efetivo, não importando se o destinatário a leu ou não. Cumprido o dever de comunicação pelo emitente, haverá conhecimento efetivo<sup>79</sup>. Em tal caso, há necessidade, para que se obtenha certa situação jurídica, de que haja conhecimento efetivo, o qual é perfectibilizado pela comunicação, tendo-se-o como certo (e

<sup>77</sup> Em sentido contrário, Andréas Von Tuhr assevera que o conhecimento é um processo psicológico de apreensão da verdade (*Derecho civil*, cit., p. 143).

<sup>78</sup> Veja-se a respeito Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 467.

<sup>79</sup> Alerta Von Tuhr que “el hecho de abstenerse de leer un documento que se recibió o que fué presentado, tiene los mismos efectos que el conocimiento de su contenido” (*Derecho civil*, cit., p. 146).

não presumido), embora se presuma a normal capacidade de apreensão<sup>80</sup>.

Por outro lado, há momentos em que a norma jurídica contenta-se com um conhecimento presumido, porque, em razão de determinadas circunstâncias, há um dever de diligência na busca do conhecimento, e, diante disso, pouco importa para o direito se o interessado buscou, ou não, o conhecimento efetivo. Presume-se que sim, porque era ônus seu buscá-lo.

São situações em que o objeto do conhecimento (fato ou situação jurídica) se externa de tal maneira que nasce para as pessoas o dever jurídico do conhecimento, passando-se a presumir o conhecimento efetivo, tenha ele existido ou não, uma vez que para chegar a ele depende tão somente de uma atuação do agente interessado. Não importa se houve contato entre o sujeito e o objeto do conhecimento, bastando para o direito que o objeto do conhecimento tenha sido posto à disposição do sujeito, por certo meio. É o que ocorre, por exemplo, com as situações jurídicas publicizadas registralmente.

Assim, a propriedade imóvel registrada tem seu conhecimento presumido em relação a toda a coletividade, pouco importando se foi buscado o conhecimento efetivo ou não. Em razão da publicidade registral, que põe eficazmente a informação à disposição de todos, presume-se que todos a conheçam e, por isso, é a todos oponível (art. 1.245 do CC).

A presunção de conhecimento gerada pela publicidade registral agrega certa eficácia ao ato jurídico, tornando-o oponível a terceiros (em cuja esfera jurídica tais atos podem repercutir), sem que tenham estes sido parte naquele.

Conforme alerta Carlos Ferreira de Almeida, o conhecimento efetivo das situações jurídicas por todos aqueles que podem sofrer os efeitos dos atos não satisfaz a certeza dos direitos subjetivos e o dinamismo do tráfico jurídico, os quais, por vezes, contentam-se com a cognoscibilidade, uma vez colocada a informação à disposição das pessoas de maneira segura e efetiva, arrematando tratar-se o conheci-

Em sentido contrário, Pontes de Miranda entende que a não leitura justificada da comunicação afasta o conhecimento (*Tratado de direito privado*, cit., t. 1, p. 136).

<sup>80</sup> Carlos Ferreira de Almeida, *Publicidade e teoria dos registros*, cit., p. 20.

mento presumido de hipótese excepcional e que só pode existir quando expressamente autorizada, já que a regra é a exigência do conhecimento efetivo daqueles que podem ser afetados pela situação jurídica de que não participaram<sup>81</sup>.

Válida aqui a lição de Pontes de Miranda, no sentido de que, em matéria de conhecimento jurídico, valem os princípios (1) do *difícil equivalente ao impossível* — segundo o qual se tem por desconhecido aquilo que dificilmente se poderia conhecer, como ocorre, por exemplo, no caso do art. 231, II, do Código de Processo Civil; e (2) da *difusão suficiente* — que determina que se tem por conhecido o fato em que haja grande probabilidade de conhecimento, como, exemplificativamente, ocorre com a publicidade registral. Fora daí, é preciso provar o conhecimento ou o não conhecimento<sup>82</sup>.

O conhecimento e o erro (desconhecimento) sobre determinado fato ou situação jurídica são verso e anverso de um mesmo fenômeno, e em determinado momento são analisados juridicamente dentro dos conceitos de boa-fé e má-fé subjetivas.

A má-fé e a boa-fé subjetivas, em princípio, situam-se no âmbito do conhecimento efetivo, significando a má-fé o conhecimento efetivo do vício que acomete determinada situação jurídica, e a boa-fé, o seu desconhecimento.

É o que ocorre, *verbi gratia*, no tratamento possessório, quando o Código Civil estabelece (art. 1.217) que o possuidor de boa-fé (isto é, que desconhece o vício da posse) não responde pela perda ou deterioração a que não deu causa, bem como que (art. 1.218) o possuidor de má-fé (aquele que conhece o vício) responde, salvo se provar que ainda que o bem estivesse na posse do reivindicante a perda ou deterioração teria ocorrido.

Há um agir, positivo ou negativo, contrário ao ordenamento jurídico, acompanhado de um conhecimento efetivo do vício que torna ilícito tal agir, como ocorre, também, por exemplo, no caso do art. 1.254 do Código Civil.

Porém, em outros momentos, a má-fé pode não significar um conhecimento efetivo do vício, mas sim o descumprimento de um dever de diligência imposto pelo ordenamento jurídico. Assim, por

<sup>81</sup> *Publicidade e teoria dos registros*, cit., p. 30-32.

<sup>82</sup> *Tratado de direito privado*, cit., t. 1, p. 134.

exemplo, no caso de A ser proprietário de algum bem imóvel, por força do registro no Registro de Imóveis competente, e C (terceira pessoa) adquirir o imóvel de B (locatário), o qual detém a posse direta. Não há que falar aqui em boa-fé, uma vez que, embora desconhecendo o C (terceiro) a qualidade de não proprietário da pessoa que lhe vendeu o imóvel (B), tal desconhecimento deriva do não cumprimento do dever jurídico de buscar a informação registral adequada, a qual está facilmente à sua disposição. Aqui, má-fé significa não o conhecimento efetivo do vício, mas o descumprimento do ônus de buscar o conhecimento, ao passo que a boa-fé significa o cumprimento desse dever.

Diante da impossibilidade cada vez mais presente de se conhecer realmente a situação jurídica do *alter*, o direito estabelece formas de cognoscibilidade das situações jurídicas, estabelecendo um dever jurídico de buscar o conhecimento, passando a tutelar aqueles que agiram de maneira negligente, dentro dos padrões jurídicos exigidos, isto é, aqueles que agiram de boa-fé.

O direito evoluiu no sentido de proteger a boa-fé, na medida em que a ampla, desenvolvida e globalizada circulação econômica, que exige rapidez, impessoalidade e custos reduzidos, não permite às pessoas investigar e conhecer com total segurança as situações jurídicas alheias, de modo que deverão elas confiar nas aparências dadas pelos institutos jurídicos de externalização dessas situações jurídicas, sendo a segurança garantida não pelo conhecimento absoluto das situações (que é muito difícil), mas pela tutela da boa-fé daquele que se portou dentro de um padrão de conduta esperado pelo direito e, ainda assim, obteve conhecimento de uma situação que não corresponde à verdade, mas que, então, passará a corresponder por força dessa tutela jurídica<sup>83</sup>.

É o que ocorre na proteção do terceiro adquirente de boa-fé de um bem móvel oferecido em leilão ou em estabelecimento comercial, e realizada a tradição por quem não era proprietário (art. 1.268, *caput*, do CC).

<sup>83</sup> Alerta Von Tuhr que a “proteção da boa-fé não é possível sem prejuízo para o titular verdadeiro; os direitos existentes são afetados na mesma medida em que a circulação negocial resulta beneficiada. Por isso, a lei não a eleva a um princípio geral, se não que a aplica em disposições determinadas, ainda que numerosas e importantes” (*Derecho civil*, cit., p. 152).

Note-se, por fim, que o conhecimento pode decorrer de uma natural apreensão humana, como quando, por exemplo, interpreta-se um ato jurídico escrito, bem como pode decorrer de uma provocação decorrente de um ato humano ou de uma característica do próprio objeto sobre o qual recai a situação jurídica<sup>84</sup>. Quando o conhecimento é posto à disposição da coletividade (há, pois, cognoscibilidade), mediante uma atividade voltada para tal fim, por atividade humana ou por característica inata do próprio objeto, teremos presente o instituto da *publicidade*.

Não só da publicidade deriva o conhecimento, mas também consiste a publicidade em uma das formas de chegar ao conhecimento jurídico (talvez a forma mais relevante na sociedade atual).

De um ponto de vista genérico, a publicidade pode ser conceituada como aquela atividade destinada a dar a conhecer a alguém certa situação. É o oposto da clandestinidade. É tornar acessível às pessoas certas informações.

No conceito de José María Chico y Ortiz, consiste a publicidade na “atividade que tem por objeto ou finalidade fazer público o conhecimento de uma coisa, de um fato ou de uma situação”<sup>85</sup>.

É por meio da publicidade que se dá a conhecer às pessoas determinados fatos.

Sempre que o meio empregado, para dar conhecimento de determinada situação, reunir condições potenciais de atingir a generalidade das pessoas, ou que o próprio objeto do conhecimento se exteriorizar de modo a possibilitar o seu conhecimento pelos interessados, haverá publicidade<sup>86</sup>.

A publicidade contempla aquilo que ocorre em face de todos, aos olhos de toda a coletividade, a que todos podem ter acesso, contrariamente ao fenômeno do que ocorre em sigilo, e que chega ao conhecimento de um número restrito de pessoas.

O instituto da publicidade torna determinada situação acessível a toda a coletividade, significando isso dizer que confere ela cognoscibilidade da situação publicizada, isso é, torna-a passível de ser conhecida por aqueles que assim desejarem, não significando dizer, entre-

<sup>84</sup> A este conhecimento provocado, Carlos Ferreira de Almeida chama comunicação. (*Publicidade e teoria dos registros*, cit., p. 9).

<sup>85</sup> *Estudios sobre derecho hipotecario*, cit., t. 1, p. 179.

<sup>86</sup> Carlos Ferreira de Almeida, *Publicidade e teoria dos registros*, cit., p. 49.

tanto, que produza ela conhecimento de fato, efetivo. O efeito do conhecimento dependerá de uma atuação positiva de vontade do destinatário da publicidade, que é, em princípio, indeterminado.

Dizer que a publicidade implica cognoscibilidade significa dizer que ela não promove conhecimento efetivo, mas possibilidade de conhecer.

O fenômeno publicitário transcende a esfera jurídica, podendo abarcar a cognoscibilidade de qualquer situação, seja ela jurídica ou não.

Entretanto, haverá publicidade jurídica quando estivermos diante da publicização de fatos jurídicos ou de situações jurídicas, da qual decorram efeitos jurídicos. Não há publicidade jurídica sem que dela decorram efeitos jurídicos.

A publicidade jurídica é o instrumento de cognoscibilidade de certos fatos jurídicos, ou de certas situações jurídicas, a terceiros que não participam, direta ou indiretamente, do seu nascedouro ou da sua eficácia, e que, portanto, ordinariamente, não os conhecem.

A publicidade jurídica é o meio pelo qual o direito torna determinado fato, ou certa situação jurídica, cognoscíveis a toda a coletividade, fazendo-os, por isso, oponíveis *erga omnes*.

A cognoscibilidade de um fato ou de uma situação jurídica é o fim último, principal, do instituto da publicidade, embora outras funções accidentais possam lhe ser acrescentadas<sup>87</sup>. Por sua vez, o fim último da cognoscibilidade está amparado por uma causa axiológica de segurança jurídica, que é o que dá amparo à razão de existir à necessidade de existir da publicidade.

O conhecimento e a ignorância são verso e anverso de um mesmo fenômeno psíquico, que, quando integrantes do suporte fático da norma jurídica, passam a ter relevância no mundo jurídico.

Inúmeras são as situações em que o direito atribui relevância jurídica ao conhecimento, seja em seu aspecto positivo — o conhecer —, seja em seu aspecto negativo — o ignorar.

Entretanto, muito embora o direito geralmente atribua relevância jurídica ao conhecimento das situações jurídicas, e em um grau cada vez maior, explicado pela massificação e complexidade social, somente na análise concreta será possível estabelecer se a relevância jurídica é depositada sobre o *conhecer*, ou sobre o *ignorar*.

<sup>87</sup> Veja-se Salvatore Pugliatti, in La pubblicità, in Guido Alpa e Paolo Zatti, *Lecture di diritto civile*, p. 660.

Assim, quando o direito tutela o possuidor de boa-fé, como no caso do art. 1.214 do Código Civil, está dando relevância jurídica ao *ignorar*, colocando-o no suporte fático jurídico da norma. O possuidor que ignora o vício, e que, portanto, está de boa-fé (subjéctiva), terá certa tutela jurídica.

Por outro lado, o art. 1.216 do mesmo diploma legal contém uma hipótese em que o *conhecer* é que integra o suporte fático abstrato da norma jurídica. Se houver má-fé, isto é, se o agente conhecia os vícios da posse, incidirá o preceito lá insculpido.

O *desconhecer* é tutelado principalmente pelo instituto da aparência jurídica (quando escusável), ao passo que a publicidade ocupa-se do *conhecer*, em específico, do chamado *conhecer legal*.

Por vezes, a norma jurídica exige o efetivo conhecimento, porém também por vezes contenta-se com a cognoscibilidade. Neste último ponto têm fundamental importância os instrumentos de publicidade.

Diante da massificação, da complexização e da impessoalidade da sociedade atual, cada vez mais se torna difícil para a norma jurídica exigir o conhecimento das situações jurídicas, razão pela qual passa a ter cada vez mais importância jurídica a cognoscibilidade, isto é, a possibilidade do conhecer. A norma jurídica passa, cada vez mais, a tutelar a cognoscibilidade, fazendo dela decorrer um *conhecer legal*, dispensando o conhecimento efetivo, pois, se a publicidade proporcionou que o interessado tomasse conhecimento da situação jurídica, bastando para tanto um agir seu, desnecessário que tenha havido o efetivo conhecimento.

Salvatore Pugliatti observa que, no conhecimento legal gerado pela cognoscibilidade da publicidade, há um dever de conhecimento, há uma obrigação de agir dentro de certo comportamento, o qual possibilitará o atingimento do conhecimento<sup>88</sup>. O descumprimento deste dever não dá ao interessado o direito de alegar o desconhecimento, porque este decorreu de uma inércia sua.

A publicidade gera, a um só tempo, um direito subjéctivo de obtenção das informações publicizadas e um dever de, ao celebrar um ato que diga respeito a uma situação jurídica que seja objeto de publicidade, acessar a informação publicizada, uma vez que, acessando-a ou não, tê-la-á como conhecida.

<sup>88</sup> *Lecture di diritto civile*, cit., p. 666.

Nas palavras de Angel Cristóbal Montes, a publicidade jurídica é “o sistema de divulgação dirigido a tornar cognoscível a todos determinadas situações jurídicas, para a tutela dos direitos e a segurança do tráfico”<sup>89</sup>.

O objeto da publicidade são situações, e não fatos jurídicos, embora possa o fato ser publicizado.

A essência da publicidade é fazer pública, é tornar cognoscível determinada situação jurídica, seja indiretamente, através da publicização do fato jurídico, seja diretamente, através da publicização da própria situação jurídica.

O que geralmente ocorre é que se dá, de maneira imediata, a conhecer o fato jurídico, em virtude da complexidade do conteúdo da situação jurídica. Da publicidade do fato infere-se a situação jurídica. Do conhecimento imediato do fato, conhece-se mediamente a situação. Assim, por exemplo, quando se publiciza registralmente um negócio jurídico de transmissão do direito de propriedade (sendo ele o fato jurídico e objeto imediato da publicidade), mas, em verdade, o que se publiciza é a alteração da situação jurídica do direito de propriedade<sup>90</sup>.

O objeto imediato da publicidade pode ser tanto um fato jurídico — fato jurídico *lato sensu*, consistente em qualquer fato que, pela incidência da norma jurídica, ingresse no mundo jurídico, situado, portanto, no plano da existência —, bem como uma situação jurídica — consistente no resultado da juridicização, na alteração produzida no mundo jurídico em razão da incidência da norma jurídica sobre certo fato, tornando-o jurídico, a qual se situa no plano da eficácia<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> *Direito imobiliário registral*, p. 16.

<sup>90</sup> Veja-se a respeito José María Chico y Ortiz, *Estudios sobre derecho hipotecario*, cit., p. 180, e José Alberto González, *Direitos reais (parte geral) e direito registral imobiliário*, p. 241.

<sup>91</sup> “Fatos jurídicos são, portanto, aqueles fatos a que o direito atribui *relevância* jurídica, no sentido de *mudar* as situações anteriores a eles e de configurar novas situações, a que correspondem novas qualificações jurídicas. [...] A valoração de um fato como fato jurídico exprime-se, precisamente, ao pôr em relação com a situação prevista, sobre a qual ele incide (*fatispécie*), uma situação jurídica nova, que se reporta à preexistente e é um desenvolvimento dela” (Emilio Betti, *Teoria geral do negócio jurídico*, p. 12-3).

O termo situação jurídica é usado aqui em sua conotação ampla, como sendo “a resultante universal da aplicação duma norma jurídica”. Em sentido estrito, engloba tão somente as “situações jurídicas subjetivas [...] situações de pessoas” (José de Oliveira Ascensão, *Direito civil*, cit., v. 3, p. 11).

Entretanto, embora o objeto imediato da publicidade possa ser um fato (e geralmente é o fato) ou uma situação jurídica, o objeto mediato é sempre uma situação jurídica. Embora o que é publicizado possa ser o fato ou a situação, o que interessa dar a conhecer a terceiros é sempre a situação jurídica.

Na transmissão da propriedade imobiliária, *verbi gratia*, geralmente, o objeto imediato da publicidade é o negócio jurídico de transmissão, em que pese o que se quer publicizar, em verdade (isto é, o objeto mediato da publicidade), é a transmissão da propriedade.

Na incidência da norma jurídica sobre o implemento da idade de alguém, que se torna capaz, pode haver publicidade do fato jurídico do implemento da idade, ou da situação jurídica da capacidade adquirida, ou de ambos. Mas o objeto mediato da publicidade é sempre a situação jurídica.

Não há publicidade jurídica se não decorrer dela efeitos jurídicos. A publicidade, como fenômeno jurídico, é a atividade de dar cognoscibilidade acerca de determinados fatos ou situações jurídicas, tornando-os acessíveis a qualquer pessoa que deles queira tomar conhecimento, decorrendo dessa cognoscibilidade, necessariamente, efeitos jurídicos.

A finalidade da publicidade jurídica é a produção de eficácia jurídica<sup>92</sup>. Mesmo quando a publicidade tem efeito constitutivo de determinado direito real, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, a publicidade opera no plano da eficácia, e não no da existência. É que o direito real é antecedido por um negócio jurídico júri-real, cujo adimplemento dará ensejo ao direito real e, em verdade, o que ocorrerá será que a publicidade do fato jurídico fará com que o efeito júri-real do negócio jurídico aflore, decorrendo dele o nascimento do direito real. Sem o registro não há direito real, entretanto, o direito real decorre da eficácia do negócio jurídico júri-real publicizado.

Se terceiros potencialmente afetados por uma situação jurídica da qual não participaram passam a conhecer o conteúdo de tal situação jurídica, evidentemente algum reflexo de oponibilidade há de advir daí.

Sempre que determinada situação jurídica tiver a potencialidade de afetar a esfera jurídica de terceiros que não a integraram, have-

<sup>92</sup> Veja-se Américo Atilio Cornejo, *Derecho registral*, p. 2.

rá a necessidade de publicizar tal situação, para que ditos terceiros possam conhecê-la, e, por conseguinte, serem irradiados pela sua eficácia<sup>93</sup>.

Sempre que determinado direito (real ou obrigacional) deva ser oponível *erga omnes*<sup>94</sup>, necessariamente deverá ele ser publicizado para que se atinja tal intento. Sem a publicidade, o direito não ultrapassará os limites da eficácia *inter partes*.

Os direitos reais são naturalmente absolutos, porque oponíveis a toda a coletividade, na medida em que recaem diretamente sobre a coisa. Porém, tal atributo, outrora utilizado para diferenciar os direitos reais dos obrigacionais, já não mais se presta a tal intento, na medida em que alguns direitos obrigacionais passaram também a surtir eficácia *erga omnes*, e não apenas *inter partes*, que era a marca caracterizadora dos direitos pessoais, e que continua presente nos direitos puramente obrigacionais.

Assim, os direitos reais, bem como os direitos obrigacionais com eficácia real, por surtirem efeitos *erga omnes*, devem necessariamente ser publicizados. Na medida em que tendem tais direitos para a eficácia *ultra partes*, não podem eles ver alcançada tal eficácia se não houver a possibilidade de que os terceiros, afetados possam de tais direitos tomar conhecimento. Para que haja o nascimento da eficácia *erga omnes*, obrigatoriamente, deverá haver a publicização do direito, sem o que tal efeito não será alcançado.

Nesse sentido, fala-se em uma *ordem jurídica abstrata*, a designar os fatos que se tornaram jurídicos pela incidência da norma jurídica, e em uma *ordem concreta*, a qual denota a realidade da vida que abarca uma série de fatos que foram juridicizados sem que disso se saiba, ou de fatos que não são jurídicos, embora pareçam ser<sup>95</sup>. Desse

<sup>93</sup> Veja-se Américo Atilio Cornejo, *Curso de derechos reales*: parte general, p. 189.

<sup>94</sup> Não apenas os direitos reais podem ser absolutos por serem oponíveis *erga omnes*, mas também certos direitos pessoais, a ponto de a doutrina atual defender a não prestabilidade da dicotomia absoluto-relativo para diferenciar os direitos reais dos obrigacionais.

Nesse sentido, alerta Emilio Betti que os negócios jurídicos podem ter reflexivamente eficácia perante terceiros, "mediante a observância de certas formas de publicidade" (*Teoria geral do negócio jurídico*, cit., p. 77).

<sup>95</sup> Ver a respeito José Alberto González, *Direitos reais (parte geral) e direito registral imobiliário*, cit., p. 237-238.

descompasso entre ordem jurídica abstrata e concreta surge a necessidade de se dar publicidade a certos fatos e situações jurídicas, condicionando a eficácia da oponibilidade a terceiros à publicização.

Há, não raramente, do ponto de vista jurídico, um desajuste entre o *ser* e o *parecer ser*, de modo que surge a necessidade jurídica de criar órgãos de publicidade, condicionando a eficácia de certos fatos jurídicos a tal publicidade, a fim de desfazer o aludido desajuste. A aparência pode conduzir à ilação de que determinada situação jurídica *é*, quando em verdade *não é*. A posse de determinado imóvel pode fazer parecer tratar-se o possuidor de proprietário, quando em verdade é locador. Da mesma forma, o que *é* juridicamente, pode não se mostrar, e, portanto, aparentar *não ser*, se não houver um meio eficaz de publicidade.

Os direitos, as pretensões e as ações e exceções de direito material existem no mundo jurídico após juridicizados pela incidência da norma jurídica, e são notados pela sua aparência. Entretanto, há situações jurídicas que aparentam ser e não são, bem como há situações jurídicas que são sem aparentar ser. O direito precisa minimizar essa discrepância, e o faz por meio da publicidade<sup>96</sup>.

A publicidade não é só a registral, embora alguns autores disso discordem<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> "Os direitos, as pretensões, as ações e as exceções existem no mundo jurídico, porque são *efeitos* de fatos jurídicos, isto é, de fatos que entraram no mundo jurídico e, pois, se juridicizaram. Lá eles são notados, vistos (em sentido amplíssimo), pela *aparência* deles [...]. Mas a aparência do fato e do efeito, ou só de efeito, pode ser falsa: não existiu o fato, ou não se judicizou [...], ou não se produziu o efeito, a despeito da aparência. [...] às vezes há o ser que não aparece, e há o que aparece sem ser. A técnica jurídica tenta, com afincos, obviar a esse desajuste entre a realidade jurídica e a aparência" (F. C. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, cit., t. 11, § 1.221).

<sup>97</sup> Alguns, como Hernández Gil, veem publicidade somente quando há órgãos específicos destinados a tal fim, afirmando que a única forma de publicidade é a publicidade registral. A publicidade não registral não seria verdadeiramente publicidade e não teria o condão de agregar eficácia *erga omnes* à situação publicizada. Outros, por seu turno, veem publicidade não apenas na publicidade registral, mas também em outras formas de produção de cognoscibilidade, como na tradição ou na posse, por exemplo (in Américo Atilio Cornejo, *Curso de derechos reales*, cit., p. 190-191).

Como Hernández Gil, também Pugliatti entende haver publicidade apenas registral, ao arrolar dentre as condições de existência da publicidade, a existência de uma instituição pública específica, que seriam os registros públicos (in José Maria Chico y Ortiz, *Estudios sobre derecho hipotecario*, cit., p. 179-180).

Sempre que houver, em algum instituto jurídico, alguma atividade no sentido de externar, de tornar congoscível a terceiros, determinada situação jurídica, ainda que não de maneira preponderante, mas constante (tal característica deve sempre estar presente no instituto) e duradoura<sup>98</sup> (a informação publicizada deve estar acessível de maneira não efêmera), decorrendo daí algum efeito jurídico em relação a terceiros, haverá publicidade.

Não se pode confundir a eficácia, maior ou menor, do meio de publicidade com a existência da publicidade. Há meios de publicidade mais eficazes do que outros, mas haverá publicidades em ambos, desde que presentes os caracteres formadores do instituto.

Quanto maiores e mais relevantes os efeitos atribuídos à publicidade, tanto maior deverá ser a complexidade dos requisitos do meio empregado. Assim, uma publicidade que gere uma presunção *juris tantum* a respeito da existência de algum direito deverá ter requisitos menos rígidos do que aquela que gere uma presunção *iure et de iure*, por exemplo.

A publicidade registral é, no estágio atual das ciências jurídicas,

---

No mesmo sentido de Pugliatti, entre nós, leciona Moacyr Amaral Santos: "A instituição destinada a imprimir publicidade aos atos jurídicos é a dos *registros públicos*, fornecendo deles, por meio de seus assentos, ou de seus arquivos, as informações solicitadas por qualquer pessoa" (*Prova judiciária no cível e comercial*, cit., p. 221). Nesse sentido, ver também J. M. de Carvalho Santos, *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, p. 299.

<sup>98</sup> Para haver publicidade, é necessário que a cognoscibilidade gerada o seja de modo duradouro, continuado, não caracterizando atividade publicitária a cognoscibilidade efêmera, levada a cabo em um único ato, cuja informação não permaneça à disposição, seja pela manutenção da reiteração do ato (como na posse, por exemplo, onde os atos possessórios continuam acontecendo), seja pela guarda da instrumentalização do ato para, facilmente, ser posta à disposição dos terceiros (como ocorre na publicidade registral).

Nesse sentido, não parece assistir razão a Carlos Ferreira de Almeida (*Publicidade e teoria dos registros*, cit., p. 81-4) ao diferenciar os meios de publicidade precários dos duradouros, uma vez que naqueles não há propriamente publicidade, mas mera publicação, com efeitos diversos. Assim a afixação em lugares públicos de editais (v.g., art. 1.527 do Código Civil), que são fugazes, e não dão uma real possibilidade de conhecimento aos terceiros, sendo produto mais de uma ficção jurídica, embora em outros tempos talvez pudessem ser considerados meios de publicidade, em razão de toda a coletividade acessar o local da publicação, em razão do pequeno número de pessoas, da maior interação social, e do ritmo de vida menos frenético do que o que presenciamos hoje.

insuperável em matéria de eficácia publicitária<sup>99</sup>, porém, não decorre daí que seja a única forma de publicidade.

Nesse sentido, não se pode excluir o caráter publicitário da posse, a qual, embora seja instituto jurídico que primordialmente atende a necessidades jurídicas diversas da publicidade, é, inegavelmente, instrumento de exteriorização de situações jurídicas, de maneira constante e duradoura.

Tanto a posse é instrumento de publicidade, embora de eficácia reduzida, que, em relação aos bens móveis, via de regra, o ordenamento jurídico contenta-se com ela, não exigindo publicidade registral<sup>100</sup>.

Inegavelmente, a posse, nessas ocasiões, é elemento exteriorizador do direito subjacente, de modo que, em razão da pouca relevância econômica de tais bens, contenta-se o legislador tão só com a publicidade possessória.

Tal situação tem sido, todavia, cada vez mais excepcionada, em razão do alto valor econômico de alguns bens móveis, bem como em razão da existência cada vez maior de direitos sobre bens móveis que não implicam a transmissão possessória, passando-se, nesses casos, a exigir a publicidade registral. É o caso, por exemplo, do penhor mercantil, o qual deve ser publicizado no Registro de Imóveis, com caráter constitutivo (art. 1.448 do CC).

Há na posse uma *publicidade de fato*, em contraposição à *publicidade formal*, gerada pelos registros públicos.

A capacidade de gerar cognoscibilidade, que é a marca central da publicidade, deve ser analisada de modo concreto, e não abstratamente. Para que haja publicidade, o meio empregado deve efetivamente, concretamente, gerar cognoscibilidade da situação ou do fato jurídico, e não apenas abstratamente.

---

<sup>99</sup> Veja-se, neste tocante, a assertiva de Carlos Ferreira de Almeida: "Modernos são os registros públicos na sua forma actual, que podemos considerar como o modelo mais perfeito de publicidade, o único que permite alcançar os objetivos em vista da protecção de terceiros e segurança das relações jurídicas" (*Publicidade e teoria dos registros*, cit., p. 52).

<sup>100</sup> Nesse sentido, leciona Marco Comporti: "Per i beni mobili, la pubblicità si attua attraverso il possesso, dal momento che l'esercizio del potere di fatto sulla cosa fa presumere ai terzi la corrispondenza tra la situazione di fatto e la situazione di diritto. Si dà luogo, in tal modo, ad una *pubblicità di fatto*" (*Publicità e trascrizione*, in Guido Alpa et al., *Istituzioni di diritto privato a cura di Mario Bessone*, p. 1218).

Daí por que alguns institutos jurídicos que já foram considerados meios de publicidade não mais podem sê-lo. É o que ocorre com a tradição, por exemplo.

A tradição, que já foi importante meio de publicidade, parece não mais se enquadrar em tal conceito.

Em sociedades mais remotas, menos numerosas e menos complexas, em que seus membros se conheciam todos, a tradição desempenhava um importante papel publicitário, na medida em que todos dela tomavam conhecimento, e tal informação ficava permanentemente disponível no seio social, através do conhecimento de seus membros. Não mais. Na sociedade de massas e de relações complexas em que vivemos, a tradição não se presta a publicizar algo, seja porque ela se dá, hoje, via de regra de maneira privada, sem que qualquer pessoa além das partes tome dela conhecimento, seja porque a informação, eventualmente apreendida, perde-se fácil e rapidamente no tempo.

O instituto jurídico da publicidade tem conotações próprias, quais sejam as de gerar cognoscibilidade a terceiros de certo fato ou situação jurídica, de modo duradouro e constante, via de regra por meio de um órgão próprio, de maneira que não se deve confundir a publicidade com institutos que lhe são afins, com a forma, a formalidade, a prova, a aparência, a notificação e a publicação.

Não cabe confundir *publicidade* com *forma*.

A forma consiste no meio idôneo de exarcação da vontade das partes; é o meio necessário de emanção de uma vontade jurídica, desvinculada do conteúdo da declaração, embora ligados em uma relação entre acessório e principal, na medida em que a forma é o meio adequado de externação do conteúdo da declaração.

A forma não se identifica com o meio material que a contém, como as palavras ou documentos, por exemplo, mas, trata-se de um liame de coerência existente entre o elemento interno, que é o conteúdo da declaração, e o elemento externo, que é a emanção da declaração. O fundamental na forma é que se trata de meio, necessário, de exteriorização de uma vontade, e que não se confunde com seu conteúdo, embora tenha com ele vínculo estreito, na medida em que a forma consiste na coerência que deve haver entre a vontade existente e a vontade declarada<sup>101</sup>.

<sup>101</sup> Veja-se a respeito J. Ignacio Cano Martínez, *La exteriorización*, cit., p. 14-19.

A forma é a exteriorização da vontade, é o elemento que permite saber que a vontade de um sujeito é esta e não outra<sup>102</sup>, que permite saber que a vontade exarada é realmente a vontade da pessoa. Não há manifestação de vontade sem forma.

A forma possui a função de exteriorizar a vontade das partes nos atos jurídicos, tendo, aliás, a função de consistir no meio necessário de exteriorização dessa vontade, sem que seja a própria vontade. Tem eficácia, portanto, *inter partes*, dando-lhes segurança e certeza do ato celebrado, porém, nenhum efeito terá em relação a terceiros. A forma não é fenômeno voltado para a garantia de direitos de terceiros, não envolvidos no ato jurídico celebrado.

Nisso difere, fundamentalmente, a forma da publicidade. Enquanto a primeira visa tão somente as partes envolvidas no ato jurídico, a segunda tem por escopo a proteção de terceiros, alheios ao ato entabulado.

A publicidade é para os terceiros, e tem por fim a proteção do tráfico jurídico.

A forma não mira aos terceiros, nem à segurança do tráfico, mas tão somente aos participantes do ato jurídico, visando dar-lhes segurança a respeito do ato celebrado, especialmente a respeito de seu conteúdo. A publicidade, por outro lado, não tem por fim a celebração própria do ato (mesmo quando seja constitutiva do direito, embora seja requisito de existência de algum direito, por irradiar eficácia constitutiva a algum negócio júri-real, seu fim é a eficácia a terceiros — uma vez que o direito nasce da eficácia do ato jurídico que lhe é subjacente —, cuja importância para o direito em foco é tão substancial que, sem a publicidade, não se concebe sequer a existência do direito) nem as partes envolvidas, mas tem por escopo tornar cognoscível a terceiros a situação jurídica decorrente do ato jurídico celebrado, a fim de que estes possam conhecer o ato jurídico e suas circunstâncias, garantindo, com isso, a segurança do tráfico dos direitos publicizados.

Embora, como vimos, forma e publicidade não se confundam, pode ocorrer de alguma publicidade derivar da forma.

<sup>102</sup> Roberto H. Brebbia, *Hechos y actos jurídicos: comentario de los artículos 944 a 1065 del Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, p. 384.

Apesar de a forma não ter seu escopo voltado para a produção de efeitos publicitários, pode ela gerar certa publicidade, o que ocorreria muito mais frequentemente em tempos pretéritos.

Assim, por exemplo, quando alguém manifesta sua vontade e a instrumentaliza por escritura pública notarial, em virtude de tratar-se de ato público, haverá o surgimento de alguma publicidade, muito embora uma publicidade bastante débil, na medida em que não agregará nada em relação à eficácia do ato, mas permitirá, apenas, que qualquer pessoa que pretenda ter acesso ao ato jurídico instrumentalizado possa fazê-lo mediante uma certidão notarial, tendo importantes efeitos jurídico-probatórios.

Em sociedades mais priscas, era através de formas compulsórias que se buscava a publicidade. Não mais. A massificação social e a complexização das relações tornam inócua qualquer tentativa de gerar publicidade mediante uma imposição formal.

Eventual obrigatoriedade formal, hoje, tem por fim a proteção da vontade real das partes, a tutela do hipossuficiente, e a tutela prévia do cumprimento adequado do ordenamento jurídico nas manifestações de vontade<sup>103</sup>, porém não mais se busca qualquer publicidade pela forma, por ser inapta para tanto hodiernamente.

Diante da necessidade cada vez maior de publicidade, em razão da impessoalidade também cada vez maior das relações, e diante da imprestabilidade da forma como instrumento apto a gerar publicidade, há, no direito, um fenômeno de declínio do prestígio da forma, aliado a um prestígio do implemento da publicidade (registral) que protege o tráfico jurídico<sup>104</sup>.

Nesse sentido, José Maria Chico y Ortiz chega mesmo a dizer que a publicidade substituiu a forma obrigatória, a qual deixou de ter importância, transformando-se em mero meio para alcançar a publi-

<sup>103</sup> Veja-se a respeito dessa função nas formas notariais Leonardo Brandelli, Atuação notarial em uma economia de mercado, A tutela do hipossuficiente, *Revista de Direito Imobiliário*, n. 52, p. 165-209.

<sup>104</sup> Vejam-se J. M. de Carvalho Santos, *Repertório enciclopédico*, cit., 300; José María Chico y Ortiz, *Estudios sobre derecho hipotecario*, cit., p. 184-185; idem, *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*, p. 37 e s.

cidade garantidora da segurança jurídica, e qualquer movimento em sentido contrário significaria um retrocesso<sup>105</sup>.

Na medida em que forma e publicidade são institutos diversos, com finalidades diversas, as quais se especializaram ao longo do tempo, não parece haver razão jurídica para que se aplauda a opinião que prega o cultuamento da publicidade em detrimento do declínio da forma.

É verdadeiro dizer que a forma compulsória não serve mais aos intentos de publicidade, como já serviu em outros tempos, e que, nesse ponto, essa forma foi substituída pela publicidade registral como instrumento de eficácia dos atos perante terceiros e de segurança do tráfico. Porém, nas suas demais finalidades, a forma obrigatória continua presente como um instituto de valor jurídico, e que não se confunde com a publicidade. Suas finalidades não se tocam.

O que houve, em verdade, ao longo do tempo, foi a especialização da publicidade, em virtude das necessidades sociais, e a sua separação da forma obrigatória, a qual serviu por algum tempo como meio de publicidade, mas, claramente, hoje não mais serve.

Também não se confunde a *publicidade* com as *formalidades*. A forma, como se viu, é o fio condutor da emanção de vontade em um ato jurídico; é a conexão entre a vontade interna, real, e a vontade manifestada. A formalidade, por seu turno, “é a complicação da forma, mediante uma exigência legal específica”<sup>106</sup>; é o conjunto de solenidades, os caminhos pelos quais, necessariamente, por exigência legal, deverá a manifestação de vontade passar. Se a forma é o ponto final onde a vontade manifestada pretende chegar, saindo do âmago da pessoa e sendo catapultada para o mundo exterior (com um vínculo entre a vontade interna e a externada), a formalidade é o trajeto pelo qual deverá passar a vontade manifestada até chegar ao seu destino final.

Toda vontade, para que seja manifestada, exige uma forma, porém não necessariamente uma formalidade. Entretanto, o ordenamento jurídico, por razões diversas, torna determinados atos jurídicos

<sup>105</sup> José María Chico Y Ortiz, *Estudios sobre derecho hipotecario*, cit., p. 185, e *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*, p. 33.

<sup>106</sup> J. Ignacio Cano Martinez, *La exteriorización*, cit., p. 14.

solenes, exigindo-se-lhes certas formalidades para a sua validade. Toda solenidade é formalidade, embora nem toda formalidade seja solenidade. A solenidade é formalidade cuja desobediência invalida o ato. Entretanto, há formalidades (exigências formais para a manifestação da vontade) cuja falta não invalida o ato, embora possa causar outro vício jurídico, como a ineficácia, por exemplo<sup>107</sup>.

A publicidade pode consistir em uma formalidade, quando seja exigida pela lei como necessária. Ainda que não seja constitutiva, e que meramente torne oponível *erga omnes* um direito já existente, a publicidade que seja exigida pelo ordenamento jurídico para tal fim é também ela uma formalidade, cujo incumprimento torna o ato inoponível a terceiros.

A própria forma pode ser também formalidade, se o ordenamento jurídico não aceitar apenas que haja uma forma idônea, mas exigir determinada forma para a validade do ato, tornando-o solene.

Entretanto, embora possa a publicidade, por vezes, constituir uma formalidade quando o ordenamento jurídico a exigir, formalidade e publicidade são conceitos que não se confundem. A formalidade é a complicação da forma, é o conjunto de exigências que o ordenamento jurídico faz para que certa manifestação de vontade possa ser exarada validamente e surtir toda a sua eficácia *inter partes*. A publicidade, como se viu, nada tem que ver com a manifestação de vontade, mas com a oponibilidade do ato jurídico a terceiros (mesmo quando seja constitutiva do direito, este é o seu escopo).

A formalidade pode impor às partes que sigam determinado caminho jurídico se quiserem tornar seu direito oponível a terceiros, porém é a publicidade que implementará tal caminho e que consumará tal desiderato.

*Publicidade e prova* são, igualmente, conceitos distintos, que representam diferentes institutos.

A prova é o meio do qual se vale uma pessoa para demonstrar a existência de certo fato jurídico. Para que se possa fazer valer determinado direito subjetivo, decorrente de alguma situação jurídica originada por algum fato jurídico, mister se faz provar a existência desse fato jurídico.

Nesse sentido, a prova é um instrumento necessário para fazer valer um direito, consistindo em um instrumento para dar a alguém

<sup>107</sup> Veja-se a respeito J. Ignacio Cano Martínez, *La exteriorización*, cit., p. 14-15.

(geralmente o juiz do feito, quando se instaura a lide a respeito de algum direito subjetivo) conhecimento direto de algum fato jurídico.

A prova é meio para dar conhecimento (e não cognoscibilidade) a alguém, especificamente e de modo direito, acerca de algum fato jurídico.

A publicidade, como vimos, é, ao contrário, um instrumento para dar cognoscibilidade — e não conhecimento — a todos os terceiros — e não a alguém especificamente — acerca de algum fato ou de alguma situação jurídica, gerando assim oponibilidade, ou algum efeito jurídico mais atribuído pelo ordenamento jurídico.

A prova demonstra, isto é, gera conhecimento, para alguém especificamente, a respeito da existência de algum fato jurídico, ao passo que a publicidade gera cognoscibilidade, para toda a coletividade, a respeito de algum fato ou de alguma situação jurídica<sup>108</sup>.

Também a *aparência* difere da *publicidade*.

A aparência, em relação à publicidade, é a proteção de uma situação juridicamente patológica na sua gênese. É que a publicidade consiste na utilização de determinado meio para tornar certo fato jurídico ou certa situação jurídica acessíveis a terceiras pessoas; é atividade jurídica voltada para a cognoscibilidade de determinadas situações por terceiros que dela não participaram.

Na publicidade há, portanto, uma concordância entre o publicizado e a publicização, isto é, o fato ou a situação jurídica são publicizados tal qual existem no mundo jurídico, sem nenhuma distorção.

Na aparência, por outro lado, há uma desvirtuação do conteúdo do direito. O que parece *ser* não é. O fato ou a situação jurídica que parece existir não existe. Embora não haja o *ser* jurídico, aos terceiros parece haver. A aparência jurídica que se apresenta ao terceiro é diversa da que realmente existe, e por isso o direito tutela esse *parece ser* em algumas situações.

O instituto da aparência tutela a boa-fé subjetiva do terceiro, que é ludibriado pela falsa situação jurídica que se apresenta diferente do que é, bem como tutela a segurança jurídica.

A aparência do *ser* põe em risco uma série de interesses jurídicos relevantes, em face dos quais o direito não pode ficar inerte, fazendo com que haja uma tutela a essa aparência.

<sup>108</sup> Ver a respeito Ugo Majello, *Situazioni soggettive e rapporti giuridici. Fatti atti e negozi giuridici*, in Guido Alpa et al. *Istituzioni di diritto privato a cura di Mario Bessone*, cit., p. 80-81.

Vê-se que a publicidade e a aparência não se confundem, embora tenham pontos de contato.

Se o fato ou a situação jurídica publicizada é exata, há publicidade. Entretanto, se a situação não é exata, se há um desvirtuamento do conteúdo constante nos assentos de publicização e o conteúdo jurídico verdadeiro, então a publicidade dará ensejo à aparência, que protegerá o terceiro que, de boa-fé, adquirir determinado direito confiando na informação publicizada<sup>109</sup>.

É o caso da publicidade registral, por exemplo, de sistemas jurídicos que vinculem a causa de aquisição do direito real inscrito, mas que tenham o princípio da fé pública registral. Se, em tal hipótese, o negócio jurídico causal for nulo, invalidará também o registro ao qual deu origem, exceto se algum terceiro de boa-fé tiver adquirido tal direito confiando na informação registral, situação em que, pela fé pública registral, incidirá o instituto da aparência e a proteção jurídica que dele deriva, em atenção à segurança do tráfico jurídico e à proteção ao terceiro adquirente de boa-fé.

Há, nessa situação de aparência, um *elemento oculto* — que é a realidade da nulidade do negócio jurídico causal de aquisição, a qual determina a nulidade também do registro de aquisição do direito real; um *elemento visível* — que consiste na situação publicizada pelo registro imobiliário, a qual é garantida por ele, e que passa a ser uma realidade jurídica tutelada diante da confiança nela depositada pelo terceiro, tutela esta deferida em nome da segurança do tráfico jurídico, e que trata de abstrair, a partir daí, o ato registral, em relação ao negócio jurídico subjacente; e um *elemento subjetivo*<sup>110</sup> — que é a boa-fé subjetiva do terceiro que adquire o direito publicizado pelo registro imobiliário, confiando pois na publicidade registral, e ignorando eventuais vícios do título causal, ou até mesmo do processo registral<sup>111</sup>.

Embora a publicidade não se confunda com a aparência — porque na primeira haverá correspondência entre o fato ou a situação publicizada e o constante na publicização, enquanto tal correspon-

dência não existe na aparência —, pode-se, em sentido amplo, dizer que a publicidade, em certos casos (como, por exemplo, o da situação acima apontada), gerará a aparência quando o publicizado não corresponder à publicização. Assim, a situação aparente, gerada pela desconformidade constante da publicização, pode passar a ser tutelada pelo direito em nome da segurança do tráfico jurídico.

Tal desconformidade existente (e que, portanto, é aparência) entre o publicizado e a publicização pode ser *genética*, porque a desconformidade nasceu junto com a publicização; ou ser *superveniente*, porque a desconformidade nasceu posteriormente à publicidade, porque o direito publicizado, e adquirido pelo terceiro, foi invalidado, por exemplo.

No que concerne à delimitação entre a atuação da publicidade e a da aparência, importante analisar que, conforme a doutrina, o instituto jurídico da publicidade tem uma dupla função de conferir segurança jurídica estática e dinâmica às situações publicizadas<sup>112</sup>.

A segurança jurídica estática determina que a titularidade dos direitos subjetivos derivados das situações ou fatos jurídicos publicizados deve ser assegurada.

A publicidade, em seu aspecto estático, deve garantir a titularidade dos direitos subjetivos bem como as faculdades jurídicas deles decorrentes, isto é, o titular do direito subjetivo advindo do fato ou da situação jurídica publicizada deve ter garantida tal titularidade, contra terceiros, bem como ter asseguradas as faculdades jurídicas que a titularidade de tal direito lhe confere. Esse intento é logrado pela presunção e oponibilidade geradas pela publicidade.

O direito publicizado — ainda que indiretamente, uma vez que o que se publiciza, via de regra, é o fato jurídico do qual decorre o direito —, primeiro, presume-se (de modo absoluto ou relativo, dependendo do sistema de publicidade adotado) pertencer àquele que consta na publicização como seu titular; segundo, passa a ser oponível *erga omnes*, de modo que o seu titular possa exercer plenamente todas as faculdades jurídicas que o direito lhe confere, opondo-o a terceiros.

<sup>109</sup> Ver a respeito J. Ignacio Cano Martínez, *La exteriorización*, cit., p. 54-58.

<sup>110</sup> A este elemento subjetivo podem ser agregadas outras exigências para a proteção da aparência gerada pelo registro, como, por exemplo, a exigência de que o terceiro tenha adquirido o direito por ato jurídico oneroso.

<sup>111</sup> Ver a respeito Fábio Maria de Mattia, *Aparência de representação*, p. 89.

<sup>112</sup> Veja-se a respeito Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, p. 287 e seguintes.

Nesse sentido, a publicidade está a serviço da estática dos direitos subjetivos, a qual, na lição de Luis Díez-Picazo, “impõe que nenhum titular possa ser privado deles sem seu consentimento”<sup>113</sup>.

A segurança jurídica dinâmica está a serviço do tráfico jurídico, e deve garantir o direito adquirido por aquele que o faz confiando na situação publicizada.

A publicidade, em seu aspecto dinâmico, deve tutelar, em nome da segurança do tráfico jurídico, ao terceiro que adquire o direito subjetivo decorrente do fato ou da situação jurídica publicizada, confiando na publicidade. Se o terceiro adquire, de boa-fé, tal direito, deve ser mantido na titularidade do direito adquirido.

De muito pouco serve um sistema de publicidade se não garantir a dinâmica dos direitos subjetivos, a segurança do tráfico jurídico de tais direitos, isto que não se poderá confiar na situação publicizada, e far-se-á necessária uma análise da cadeia negocial quase tal qual se não houvesse publicidade.

A publicidade garante, em primeiro lugar, a estática dos direitos, de modo que o titular destes pode opor seu direito a terceiros, porém, se o direito ingressou no tráfico jurídico, e foi adquirido por um terceiro de boa-fé, a publicidade passa a se preocupar com o aspecto dinâmico dos direitos subjetivos, protegendo esse terceiro adquirente.

Aqui, a publicidade está a serviço da dinâmica dos direitos subjetivos, que é configurada pela determinação de que “o adquirente de um direito subjetivo não possa ver ineficaz sua aquisição em virtude de uma causa que não conheceu ou não deveu conhecer ao tempo de levá-la a cabo”<sup>114</sup>.

Todavia, ao contrário do que afirma grande parte da doutrina, em verdade, não há nesse aspecto dinâmico uma atuação da publicidade, mas da aparência em razão da publicidade.

Em virtude da desconformidade da publicidade com a realidade jurídica, gera-se uma aparência irreal, a qual será protegida pelo ordenamento jurídico, por causa dessa publicidade, diante da necessidade de tutela do aspecto dinâmico dos direitos subjetivos, em razão da aquisição por um terceiro de boa-fé.

<sup>113</sup> *Fundamentos*, cit., p. 289.

<sup>114</sup> Luis Díez-Picazo, *Fundamentos*, cit., 289.

Vê-se, pois, que a tutela da dinâmica dos direitos subjetivos não é propriamente conferida pela publicidade, mas, em razão dela, pela aparência, que determinará a tutela do direito publicizado.

A cognoscibilidade, gerada pela publicidade, de uma situação jurídica que *não é* põe no tráfico jurídico o direito decorrente dessa situação, que, a partir daí, em nome da segurança do tráfico, precisa ser tutelado pelo instituto da aparência, em razão da publicidade havida, e não propriamente pela publicidade, que tutela as situações publicizadas, e que *são* juridicamente.

Segurança do direito (em seu aspecto estático) e segurança do tráfico (da dinâmica dos direitos) de certa maneira colidem, consoante notou Pontes de Miranda<sup>115</sup>, porém a proteção do tráfico pela tutela da boa-fé (subjetiva) impôs-se, em razão das mudanças sociais. Quando um direito publicizado é colocado no tráfico jurídico, afetando a algum terceiro que de boa-fé confia na publicidade oficial, a segurança do tráfico deve prevalecer, sob pena de estremecimento das relações sociais e econômicas.

Como lecionou Orlando Gomes, há uma tendência no direito atual em reconhecer e tutelar as situações aparentes<sup>116</sup>, quiçá por força da massificação que toma conta da sociedade, a qual faz com que ora se tenha uma publicidade deficiente e se precise confiar na aparência do direito subjetivo, a qual pode não corresponder à realidade jurídica e ora se publiciza determinada situação que não corresponde à realidade jurídica, mas que põe o direito no tráfico jurídico, confiando as pessoas na publicidade.

Há uma necessidade escancarada de o direito proteger a boa-fé subjetiva através do instituto da aparência, determinada pela intensidade das relações sociais, pela circulação alucinada e sem fronteiras dos bens e das pessoas, potencializada em um mundo globalizado, e que fazem com que o *ser* seja cada vez mais difícil de ser conhecido, havendo necessidade de respeito a um *ser oficial*, protegendo aqueles que diligenciaram no sentido de conhecer a este último.

Uma das principais situações em que se faz necessária a tutela da aparência de realidade jurídica é na aquisição *a non domino*, por ato oneroso, de determinado bem, por terceiro de boa-fé, razão pela qual

<sup>115</sup> *Tratado de direito privado*, cit., t. I, § 44.

<sup>116</sup> *Transformações gerais do direito das obrigações*, p. 93.

os ordenamentos jurídicos mais avançados têm tutelado tal ocorrência, no que concerne aos bens imóveis, mediante o princípio registral da fé pública.

Ademais da *forma*, das *formalidades* e da *aparência*, há outros institutos jurídicos que precisam ser distinguidos da *publicidade*. Trata-se de institutos que, assim como a publicidade, têm por escopo levar ao conhecimento de alguém algum fato ou alguma situação jurídica, porém com características distintas.

Trata-se de outros fenômenos jurídicos que também têm por função dar conhecimento a alguém de alguma situação, porém, com contornos próprios, que os distanciam da publicidade jurídica.

A *publicação*, nesse contexto, é instituto que não se confunde com a *publicidade*<sup>117</sup>. Naquela, há uma atuação jurídica para tornar certa situação cognoscível, porém há uma atuação esporádica e que não demanda uma organização específica, produzindo, tão somente, uma notoriedade sobre a situação publicizada. Na publicidade, ao contrário, há uma atuação jurídica voltada permanentemente à cognoscibilidade de certas situações, modernamente através de órgãos específicos (os registros públicos), que se têm mostrado a forma mais eficiente de publicidade na sociedade atual, gerando tal publicidade, no mínimo, oponibilidade *erga omnes*.

Alerta Américo Atilio Cornejo que a publicação “é episódica e falta para sua atuação uma organização específica, produzindo tão só uma situação de notoriedade, ademais que, normalmente, se refere a atos de direito público”<sup>118</sup>.

Chico y Ortiz vê na publicação uma das manifestações da publicidade, na medida em que produz ela uma exteriorização, porém as diferencia no fato de a publicação produzir mera notoriedade sem produzir efeitos substanciais<sup>119</sup>. Segundo tal autor, a publicação não gera a oponibilidade que gera a publicidade.

Também Carvalho Santos, diferenciando os dois institutos, refere-se à publicação como uma *publicidade geral* ou *divulgação*, afirmando que tende ela de maneira direta e imediata ao cumprimento da

<sup>117</sup> Para Luis Díez-Picazo parece haver identificação entre os institutos da *publicação* e da *publicidade*, na medida em que aludido autor vê na publicação a forma mais singela de publicidade (*Fundamentos*, cit., p. 292).

<sup>118</sup> *Curso de derechos reales. Parte general*, p. 190.

<sup>119</sup> *Estudios sobre derecho hipotecario*, cit., p. 184.

norma jurídica, como decorre, por exemplo, da publicação de um texto legal. Já a publicidade, à qual denomina *publicidade sistema*, que é aquela atividade de publicidade que se preocupa com a segurança das relações jurídicas, e a qual é organizada em torno de um sistema específico de publicidade<sup>120</sup>.

Na medida em que a publicidade tem evoluído, em resposta à massificação e à complexização da sociedade, passou ela a ser efetivada especialmente mediante órgãos específicos de publicidade, a ponto de alguns autores não admitirem existir publicidade jurídica fora da publicidade registral<sup>121</sup>. Assim, tem ela se mostrado como um eficiente e efetivo instrumento de cognoscibilidade, o qual permite realmente aos interessados tomar ciência do conteúdo de certa situação jurídica. A situação jurídica nascida *inter partes*, para que possa ser oposta a terceiros, deverá estar publicizada em um órgão de publicidade específico, em localização determinada, de maneira que o terceiro que pretenda saber se há alguma publicidade sobre aquela situação jurídica saberá onde procurar, e terá direito ao acesso do conteúdo publicizado.

Por essa razão, embora juridicamente a publicidade produza cognoscibilidade (possibilidade de conhecer), e não conhecimento efe-

<sup>120</sup> J. M. de Carvalho Santos, *Repertório enciclopédico*, cit., p. 295-296.

<sup>121</sup> Alguns, como Hernández Gil, veem publicidade somente quando há órgãos específicos destinados a tal fim, afirmando que a única forma de publicidade é a publicidade registral. A publicidade não registral não seria verdadeiramente publicidade e não teria o condão de agregar eficácia *erga omnes* à situação publicizada. Outros, por seu turno, veem publicidade não apenas na publicidade registral, mas também em outras formas de produção de cognoscibilidade, como na tradição ou na posse, por exemplo (in Américo Atilio Cornejo, *Curso de derechos reales. Parte general*, cit., p. 190-191).

Como Hernández Gil, também Pugliatti entende haver publicidade apenas registral, ao arrolar dentre as condições de existência da publicidade, a existência de uma instituição pública específica, que seriam os registros públicos (in José Maria Chico y Ortiz, *Estudios sobre derecho hipotecario*, cit., p. 179-180).

No mesmo sentido de Pugliatti, entre nós, leciona Moacyr Amaral Santos: “A instituição destinada a imprimir publicidade aos atos jurídicos é a dos *registros públicos*, fornecendo deles, por meio de seus assentos, ou de seus arquivos, as informações solicitadas por qualquer pessoa” (*Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. v. IV, p. 221).

Nesse sentido, ver também Santos, J. M. de Carvalho, *Repertório enciclopédico*, cit., p. 299.

tivo, ela é real, uma vez que para que haja conhecimento basta uma atividade do terceiro interessado, já que as informações estarão facilmente a seu dispor; há uma real possibilidade de conhecer, e não mera ficção jurídica. Diferente é a situação da publicação, a qual, por não constar em um órgão específico e de fácil acesso, produz notoriedade mais por uma ficção jurídica do que propriamente por uma verdadeira cognoscibilidade, uma vez que eventual acesso à informação publicada é penosa e, via de regra, depende de conhecimentos técnicos específicos.

Imagine-se determinado imóvel que esteja hipotecado para garantir certa dívida, e sobre o qual recaia também uma área de proteção permanente em virtude de confrontar este imóvel com um rio. A hipoteca, por ter havido publicidade registral, será facilmente constatada pelo terceiro interessado, que imediatamente tomará conhecimento dessa situação jurídica pela certificação registral. Para saber se há direito real de hipoteca sobre o imóvel, o interessado, primeiro, sabe onde procurar — no Registro de Imóveis que tenha atribuição para aquele registro, que é somente um —, e, segundo, terá facilmente acesso a tal informação. Já no que toca à área de proteção permanente, que somente terá publicação da lei que a instituiu, mediante o órgão de imprensa oficial — que não é um órgão específico de publicidade de situações jurídicas que afetem imóveis, por exemplo, nem permite o acesso fácil das informações publicadas —, provavelmente passará despercebida ao leigo que desconheça a legislação ambiental.

Daí a tendência atual de dar publicidade a todas as situações jurídicas relevantes, não se conformando apenas com a ficção da publicação, que dificilmente gerará efetivo conhecimento e, portanto, gerará insegurança jurídica e possibilidades de afronta aos direitos de terceiros adquirentes.

O direito podia conformar-se com a ficção da publicação em tempos passados. Hoje, com a quantidade de situações jurídicas publicadas, com a rapidez da circulação de riquezas, e com a dificuldade do acesso às informações publicadas, não responde mais a publicação aos anseios que lhe deram origem, de modo que a publicidade surge juridicamente forte para dar respostas adequadas àquilo que a publicação não mais dá.

Nesse sentido, defende-se a necessidade de que algumas restrições de interesse público, mormente urbanístico e ambiental, devam ser publicizadas no órgão de publicidade específico, embora já tenha havido publicação legal. É que esta, embora produza, por ficção legal,

notoriedade, em verdade pouca chance terá de produzir conhecimento naqueles interessados que não possuam conhecimento técnico suficiente, o que gerará conflitos de interesses em razão da assimetria informativa que irá para o tráfico dos direitos sobre os quais recaem as restrições. A publicidade, ao contrário, possibilita o implemento do conhecimento, e, com isso, faz com que o tráfico jurídico se desenvolva sem percalços, com maior segurança.

Não pode o direito conformar-se com a ficção de conhecimento gerada pelos institutos de publicidade, que longe estão de uma cognoscibilidade efetiva, e, para que haja certos efeitos contra terceiros, deve exigir uma eficaz publicidade, uma vez que o critério de análise deve ser concreto, e não abstrato, isto é, deve o direito, em cada momento histórico, refletir se os meios utilizados para dar conhecimento às pessoas de certa situação jurídica atingem, concretamente, tal intento<sup>122</sup>.

A doutrina espanhola tem sido solo fértil na defesa de tais ideias, quicá pela grande compreensão do fenômeno publicitário-registral que existe naquele país.

Nesse sentido, veja-se, *verbi gratia*, a assertiva de Santiago Lafarga Morell:

A través de la Publicidad Registral, tanto de las medidas preventivas, como de las sancionadoras dirigidas a proteger, mejorar y conservar el Medio Ambiente, se logra que los titulares actuales y futuros de las fincas deban cumplir las medidas que se adopten, evitando que dichas medidas puedan quedar desprotegidas por los posibles cambios de titular y sin que en ningún momento éstos puedan quedar en situación de indefensión frente a las mismas.

Con la Publicidad Registral de las medidas proteccionistas sobre el Medio, se logra unir a la información jurídica sobre la titularidad y cargas de la finca, la información medioambiental, evitando su dispersión y logrando que ésta sea simétrica, con lo que se evitarían mayores costes y se ofrecería mayor seguridad y protección al tráfico jurídico y al Medio Ambiente<sup>123</sup>.

<sup>122</sup> Veja-se Carlos Ferreira de Almeida, *Publicidade e teoria dos registros*, p. 49.

<sup>123</sup> El registro de la propiedad inmobiliaria como medio de prevención medioambiental. In: *Medioambiente y publicidad registral. El registro de la propiedad y mercantil como instrumento al servicio de la sostenibilidad*, p. 25-6, CD-ROM.

Também Mercedes Fuertes:

[...] cualquier actuación urbanística que incida en las facultades y límites de dominio y que, por ello, pueda trascender en el tráfico inmobiliario tenga su correspondiente reflejo en el Registro de la Propiedad. [...] cualquier actuación urbanística con eficacia 'real' pueda difundirse mediante el Registro de la Propiedad. [...] siempre que un acto administrativo afecte al dominio, a los derechos reales, a las facultades urbanísticas sería conveniente su difusión. No será necesario esperar a ninguna reforma legislativa para justificar la publicidad registral de nuevas obligaciones reales, alteraciones de facultades urbanísticas o el establecimiento de cargas y afecciones *ope legis* que pueda prever alguna legislación<sup>124</sup>.

Em solo brasileiro começam também a germinar tais ideias. Veja-se, por exemplo, recente decisão do Exmo. Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, exarada no processo CG n. 167/2005, na qual entendeu ele ser possível a publicidade, através de averbação no Registro de Imóveis, das áreas contaminadas por substâncias tóxicas e perigosas, mesmo sem haver previsão legal expressa e mesmo havendo a publicação do ato administrativo, diante da necessidade de se dar verdadeira possibilidade de conhecimento aos terceiros interessados, calcada a decisão no princípio da informação, do direito ambiental, bem como na função registral (publicitária) de dar segurança ao tráfico jurídico, evitando que, pela assimetria informativa, algum terceiro possa ser lesado.

A *notificação* também não deve ser confundida com a *publicidade*.

A *notificação* é uma atividade que produz efetivo conhecimento. Por meio dela certa pessoa é cientificada acerca de determinada situação jurídica, e, por isso, produz conhecimento, e não apenas cognoscibilidade<sup>125</sup>.

A *notificação* é um processo dinâmico, proativo, de atuação do notificante, que dá ciência efetiva a determinada pessoa sobre certa situação. Porém é episódico, e será levado a cabo apenas eventualmente. O Poder Público notifica, por exemplo, quando científica um proprietário de imóvel de que o exercício do direito de propriedade

<sup>124</sup> *Urbanismo y publicidad registral*, p. 38-39.

<sup>125</sup> Para Carlos Ferreira de Almeida, na *notificação* há uma declaração recipianda, porque endereçada diretamente a um certo destinatário, enquanto na *publicidade* haveria uma declaração não recipianda, porque endereçada a destinatário indeterminado (*Publicidade e teoria dos registros*, cit., p. 17-18).

fere o que se permite para o local (um proprietário que crie porcos em terreno no centro de São Paulo, por exemplo) e determina que ele faça cessar tal atividade.

A *publicidade* é genérica, endereçada a todos os terceiros, ao passo que a *notificação* é pessoal, endereçada a indivíduo certo; a *publicidade* é permanente, enquanto a *notificação* é esporádica; a *publicidade* é estática, isto é, ela produz cognoscibilidade, mas o conhecimento depende de atuação do terceiro, ao passo que a *notificação* é dinâmica, porque produz conhecimento.

O instituto da *publicidade*, por fim, não se confunde com a *divulgação*, *para fins comerciais*, de qualidades de produtos ou serviços, comumente chamada também de *publicidade*.

Nesta, a situação tornada acessível às pessoas pode referir-se à qualidade de produtos ou serviços em uma atividade econômica do fornecedor voltada a atrair a atenção do consumidor para a aquisição de tais bens e serviços. Teremos, aqui, a *publicidade* como uma oferta pública, que torna acessível aos consumidores as características de certos bens e serviços, e que é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, a *publicidade* (*divulgação comercial*) é a informação dirigida ao público consumidor, por meio da qual o fornecedor promove, direta ou indiretamente, uma atividade econômica<sup>126</sup>.

Mais do que mera informação de uma situação jurídica — na medida em que consiste em verdadeira oferta que já integra o processo obrigacional —, a *publicidade* do fornecedor de produtos e serviços consiste em verdadeira atuação de convencimento, em atividade econômica de vendas<sup>127</sup>, sendo este o seu aspecto sobressalente.

Todavia, não é essa *publicidade* a respeito das qualidades de serviços e produtos, e que integra o processo de formação do vínculo obrigacional entre fornecedor e consumidor, a que interessa no âmbi-

<sup>126</sup> “É através da *publicidade* que o fornecedor oferece bens ou serviços ao consumidor, que informa o consumidor sobre determinadas qualidades ou propriedades do produto ou serviço, que desperta interesses, vontades, desejos, que propaga marcas e nomes, que usa a fantasia para ligar determinados sentimentos, *status* ou atitudes a determinados produtos, em verdade, o fornecedor incita ao consumo, direta ou indiretamente, com sua atividade” (Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 293).

<sup>127</sup> Veja-se nesse sentido Adalberto Pasqualotto, *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, p. 19-21.

to deste estudo, mas sim a publicidade de situações jurídicas já consolidadas, através de instrumentos adequados. Aquela não é tecnicamente publicidade.

A divulgação a respeito da qualidade de produtos e serviços tem finalidade econômica, embora receba tutela jurídica, mas não pode ser considerada propriamente um meio de publicidade jurídica porquanto é feita de maneira esporádica, sem um meio fixo, podendo ter um âmbito de abrangência reduzido ou mais largo, dependendo do meio utilizado. Por tratar-se de atividade econômica, a divulgação fica a critério do divulgador, que utilizará o meio de acordo com o seu potencial econômico.

Na publicidade, propriamente dita, há uma atividade permanentemente voltada para a cognoscibilidade (mesmo quando a publicidade seja possessória, por exemplo), a qual não pode ficar ao alvedrio das partes; se estas quiserem certa eficácia, obrigatoriamente deverão publicizar o fato jurídico. Ademais, a escolha dos meios de publicidade não podem ficar a cargo do potencial econômico das partes; devido ao interesse público envolvido, os meios são elegidos, obrigatoriamente, pelo ordenamento jurídico.

A técnica jurídica determina, pois, a correta distinção entre a publicidade e outros institutos que lhe são semelhantes.

No que tange à eficácia da publicidade, importante notar que pode ela atingir vários graus, conforme a amplitude da cognoscibilidade gerada, em função da eficácia do meio empregado.

Há formas mais singelas de publicidade, as quais, embora tornem cognoscíveis certas situações jurídicas, fazem de maneira muito pouco efetiva diante da realidade social atual. É o caso da publicidade possessória, por exemplo.

Inegavelmente a posse é instrumento de publicidade da titularidade de algum direito sobre a coisa que se possui. A posse, nesse sentido, é instrumento permanente de exteriorização de uma situação jurídica, embora não levada a cabo por um órgão específico.

Em tempos pretéritos, em sociedades menos complexas, em que todos conheciam seu pares na coletividade e que não havia direitos oponíveis a terceiros sem que seu titular fosse também possuidor da coisa, a posse fazia publicidade eficaz. Não mais hodiernamente.

Em uma sociedade de massas e extremamente complexa, na qual as pessoas nem sequer conhecem seu vizinho — e muito menos ficam sabendo dos negócios jurídicos celebrados por ele — e há inúmeros direitos que devam produzir eficácia perante toda a coletividade, mas que não conferem a posse direta da coisa ao titular do direito, isto é,

não produzem por si só uma aparência do direito (veja-se, por exemplo, a propriedade fiduciária dada em garantia no contrato de alienação fiduciária, ou o penhor mercantil), a posse passa a ter um papel publicitário muito limitado e que não atende aos anseios da sociedade atual. Uma publicidade baseada na posse pode ainda prestar-se à propriedade de certos bens móveis, mas, relativamente a inúmeros bens móveis de maior valor, bem como a inúmeras situações jurídicas sobre bens móveis, e aos bens imóveis, a publicidade possessória não gera ao menos uma lembrança da segurança jurídica necessária ao tráfico de tais coisas.

Por essa razão, a publicidade possessória, quando aceita, gera uma presunção *juris tantum*, de eficácia frágil, de existência da situação publicizada, que pode ser quebrada sem muita dificuldade, caso não corresponda à realidade jurídica (salvo se a coisa ingressou no tráfico jurídico e houver proteção ao terceiro adquirente de boa-fé, como, v. g., no caso do art. 1.268 do CC).

No que toca à tradição, nem sempre é visível aos terceiros, e, mesmo nos casos em que seja, a sociedade de massas a oculta, e, embora já tenha sido forma de publicidade, não mais parece atender aos requisitos necessários para que assim seja considerada hodiernamente, a uma porque seu efeito publicizador é, na sociedade atual, praticamente nulo, e a duas porque, mesmo quando tenha algum efeito de cognoscibilidade, é ele efêmero, porquanto facilmente se perde no tempo. Em verdade, a transmissão possessória decorrente da tradição é que pode, em algum grau, refletir publicidade.

Diante da inoperabilidade das formas mais rústicas de publicidade, evoluiu-se para a forma mais eficaz, considerada por alguns como a única possível de publicidade verdadeira, qual seja a publicidade registral, levada a cabo pelos Registros Públicos.

Nesse sentido, leciona Díez-Picazo que a busca por instrumentos mais perfeitos de publicidade fez com que houvesse a proliferação dos registros públicos, tornando-a a forma preferida pelos ordenamentos jurídicos, em razão da fácil conservação, do fácil acesso à informação e da fácil consulta, concluindo: “es la forma más perfecta que conocemos y no hay indicios de que pueda ser sustituida por alguna outra”<sup>128</sup>.

<sup>128</sup> *Fundamentos*, cit., p. 293-294.

Porém, mesmo a publicidade registral, publicidade por excelência hodiernamente, pode ter vários graus de eficácia, conforme a atribuição conferida pelo ordenamento jurídico.

A publicidade poderá ser *declaratória*, cuja eficácia é a de conferir oponibilidade *erga omnes* à situação publicizada, sem que, contudo, constitua algum direito, o qual já existe anteriormente.

Ter-se-á uma publicidade dita *legitimadora*, porque faz com que a situação publicizada tenha eficácia absoluta, por incidir o instituto da aparência, quando houver a circulação do direito e o aparecimento de um terceiro de boa-fé.

A publicidade poderá ser *constitutiva*, porque sem ela não existe juridicamente o direito que deva ser inscrito, como ocorre em nosso sistema jurídico, no qual, de regra, os direitos reais imobiliários constituídos por ato *inter vivos* somente passam a existir juridicamente após o registro.

A publicidade pode mesmo ser *convalidante*, ou seja, tornar válido certo ato jurídico que antes do registro não era.

Vários são, pois, os graus de eficácia da publicidade conforme a eficiência do meio empregado, bem como conforme a confiança que atribuiu o ordenamento jurídico ao sistema registral.

A publicidade pode ser ainda *espontânea* ou *provocada*<sup>129</sup>.

Será espontânea quando houver publicidade, isto é, quando um instituto jurídico tornar cognoscível a terceiros certa situação jurídica, sem que esta seja a função principal do instituto. Embora a função primordial do instituto jurídico seja outra, a publicidade acaba acontecendo de maneira natural. O objeto da publicidade tem uma vocação nata à cognoscibilidade.

É o que ocorre com o nome civil da pessoa natural, o qual tem por escopo a individuação da pessoa, mas o seu uso acaba por publicar o próprio nome, e algumas situações jurídicas que dele se possam inferir, como o fato de integrar determinada família, ou de ser filho de determinada pessoa. A publicidade espontânea gerada pelo nome civil da pessoa natural, quando não coincidente com o nome inscrito no Registro Civil das Pessoas Naturais, pode gerar o efeito de

<sup>129</sup> Veja-se a respeito José Alberto González, *Direitos reais (parte geral) e direito registral imobiliário*, cit., p. 242-250. E também: Carlos Ferreira de Almeida, *Publicidade e teoria dos registros*, cit., p. 47 e seguintes.

possibilitar a inclusão ou a substituição de algum elemento do nome<sup>130</sup>.

Idêntico fenômeno ocorre com o nome empresarial, que tem por fim primeiro a identificação do empresário (natural ou societário) nas relações econômicas de sua atividade, porém, naturalmente, o seu uso tem o condão de exteriorizar perante a coletividade certas situações jurídicas do empresário. Assim, uma firma social publicizará, por exemplo, elementos dos nomes das pessoas naturais sócias da sociedade; a firma do empresário individual poderá publicizar seu ramo de negócios (*J. da Silva, Livreiro*, por exemplo); e o nome da empresa societária poderá indicar à coletividade qual a espécie de sociedade (*Cruz Torta Ltda.*, por exemplo)<sup>131</sup>.

O exercício da atividade societária, para as sociedades irregulares, por não haverem estas sido registradas no órgão próprio, também pode gerar publicidade, uma vez que colocará à vista da coletividade uma situação jurídica que gerará certos efeitos. Embora possa entender-se que não tem ela personalidade jurídica, por não existir o registro da pessoa coletiva, a sociedade irregular inegavelmente será titular de direitos e deveres em certas situações (especialmente nas que esteja no polo passivo; veja-se, v. g., o art. 12, VII, do CPC), além de gerar a responsabilidade solidária e ilimitada dos *sócios* que a integram (art. 990 do CC). A publicidade gerada pelo exercício da atividade tem o efeito de gerar relações jurídicas válidas e eficazes, permitindo aos terceiros que busquem o cumprimento da relação negocial (art. 987 do CC).

A posse é outro exemplo de publicidade espontânea, pois, embora seu escopo principal seja o de possibilitar que o titular do direito possa usar e fruir da coisa, terá ela o condão de externar aos olhos dos terceiros — embora de maneira precária, como vimos — a situação jurídica do possuidor em relação à coisa possuída.

A posse, pela sua publicidade, faz presumir a titularidade de algum direito sobre a coisa, criando em certos casos uma aparência tutelada pelo direito, como ocorre, por exemplo, no caso do art. 1.268 do Código Civil.

<sup>130</sup> Veja-se o art. 58, *caput*, da Lei n. 6.015/73.

<sup>131</sup> A respeito das consequências jurídicas da não inclusão da expressão *limitada* no nome da sociedade limitada, veja-se o art. 1.158 do Código Civil.

A posse gera uma publicidade espontânea, na medida em que gera cognoscibilidade a respeito da situação jurídica do possuidor, à qual o direito atribui certos efeitos jurídicos.

Ainda, no que toca à publicidade espontânea, têm-se os sinais externos apostos em uma coisa móvel a fim de indicar a titularidade do direito de propriedade, como ocorre, por exemplo, com as marcas apostas no gado<sup>132</sup>.

Por fim, a publicidade notarial ingressa nas espécies de publicidade espontânea<sup>133</sup>. Embora ela seja derivada da atuação de um oficial público, atuação esta que não ocorre de maneira espontânea, mas, sim, provocada, a publicidade daí gerada não é provocada, porque não é esse o fim buscado pela intervenção notarial. A intervenção notarial refere-se à forma e à prova dos fatos jurídicos, e não tem por escopo a publicidade de tais fatos, muito embora a publicidade acabe ocorrendo por força do caráter público de tais instrumentos.

A publicidade notarial é parca, pois não há atribuição territorial definida nem prioridade de acesso aos arquivos notariais, o que dificulta sobremaneira a busca da informação. Mas há publicidade porquanto há uma atuação jurídica duradoura e contínua de cognoscibilidade (embora débil) dos instrumentos notariais lavrados e arquivados no arquivo notarial, a qual, ao contrário da publicidade registral, não agrega eficácia ao fato jurídico instrumentalizado, embora derivem da publicidade decorrente da forma notarial efeitos jurídicos situados no plano da validade dos atos bem como na questão de sua prova.

Por outro lado, a publicidade será provocada quando houver uma atividade primordialmente voltada para a cognoscibilidade de terceiros, mediante um órgão próprio. Há, aqui, uma intenção específica de dar a conhecer a terceiros certo fato ou situação jurídica. É o caso da publicidade registral.

Se é certo que a publicidade espontânea é uma publicidade singular, débil, porque na sociedade atual tem em verdade muito pouco alcance e uma possibilidade muito maior de falhas do que de acertos, o mesmo não ocorre com a publicidade registral, que é publicidade

<sup>132</sup> Veja-se a respeito Carlos Ferreira de Almeida, *Publicidade e teoria dos registros*, cit., p. 74-75.

<sup>133</sup> Em sentido contrário, Carlos Ferreira de Almeida entende integrar a publicidade notarial o grupo da publicidade provocada (*Publicidade e teoria dos registros*, cit., p. 91).

efetiva, pois coloca verdadeiramente à disposição dos terceiros interessados a possibilidade de conhecer certas situações jurídicas.

Daí decorrer o fato de que para alguns só há publicidade quando for ela provocada e implementada através de um órgão registral. Nesse sentido, assevera José Maria Chico y Ortiz, com supedâneo em Morell y Terry, que “el Registro de la Propiedad es el único medio verdaderamente eficaz que acredita la preexistencia del derecho y lo hace realmente público”<sup>134</sup>.

A publicidade pode também ser *negativa* ou *positiva*.

Ter-se-á uma publicidade negativa quando houver cognoscibilidade a terceiros de algum fato ou de alguma situação jurídica, sem que da publicidade decorra nenhum efeito em relação à eficácia da situação jurídica publicizada, embora possa haver algum efeito de validade ou de prova, por exemplo. Ter-se-á uma publicidade meramente formal, uma publicidade que torna a informação acessível a qualquer terceiro que deseje conhecê-la, porém não atua agregando algum efeito de eficácia à situação jurídica publicizada.

É o caso típico da publicidade notarial. Os atos notariais são públicos, isto é, tornam o ato jurídico instrumentalizado acessível a qualquer pessoa, mediante certidão expedida pelo notário, porém, por força das características que permeiam o notariado, tal qual a da possibilidade de escolha do tabelião e a da não existência de prioridade em relação a direitos contraditórios, tal publicidade não agrega ao ato jurídico praticado nenhum outro efeito de oponibilidade em relação a terceiros. Haverá, tão somente, o cumprimento de um requisito de validade, se a lei exigir o instrumento notarial para tanto, ou uma melhora na prova do ato jurídico celebrado, decorrente da juridicidade, da imparcialidade, e da fé pública notarial, quando o instrumento lavrado por tabelião não seja requisito de validade do ato jurídico.

A publicidade negativa contempla apenas o aspecto formal da publicidade, a qual consiste na possibilidade de acesso ao fato publicizado, que é publicidade de menor abrangência, mais limitada, e não garante realmente o conhecimento do ato para aqueles que pretendem conhecê-lo. Se alguém desejar saber se outrem celebrou escritura de compra e venda de certo imóvel, embora o ato notarial seja público e dele derive publicidade negativa, pouca probabilidade de êxito haverá no intento, já que a escritura poderá ter sido lavrada em qualquer notário, e não em um especificamente.

<sup>134</sup> *Estudios sobre derecho hipotecario*, cit., p. 184.

A publicidade positiva, embora também seja dotada do aspecto formal, que consiste na possibilidade de terceiros terem acesso ao conteúdo do publicizado, vai além, agindo, sendo proativa e agregando algum efeito jurídico em relação à eficácia da situação jurídica publicizada.

A publicidade positiva não só torna o conteúdo publicizado acessível a todos, como também lhe agrega uma eficácia diferenciada, tornando-o oponível a terceiros. Quando determinada situação jurídica é publicizada em registro público — no registro público que tenha atribuição específica para a publicização daquela situação jurídica —, há uma verdadeira e ampla cognoscibilidade, presumindo que todos a conhecem — porque isso é realmente factível em razão da sistemática registral — e que, portanto, lhes é oponível.

Há na publicidade positiva uma publicidade formal, mas também há uma publicidade material, no sentido da produção de algum acréscimo na eficácia da situação publicizada.

Os registros públicos são os órgãos natos da produção da publicidade positiva.

Algumas formas de publicidade mais simples, como a posse, por exemplo, podem também ter em algum momento um efeito material, como, por exemplo, quando em razão dela uma pessoa tome conhecimento de determinada situação jurídica, afastando assim eventual boa-fé e a incidência do instituto jurídico da aparência.

#### 4.4. Formas notariais

As formas notariais, porquanto tenham o mister de perpetuar os atos no tempo em face do princípio da certeza jurídica, são eminentemente documentais. O notário realiza seu mister documentalmente e, mesmo quando não seja ele o redator do ato, sua intervenção, ainda que em instrumentos privados, reveste-se de formas documentais.

Existem formas criadas na esfera privada, pelos particulares, sem a intervenção estatal na sua confecção: são as formas particulares.

Por outro lado, existem as formas públicas, mais solenes e que recebem a intervenção de um oficial público, a quem a lei confere autoridade e poderes para tanto. São as formas outorgadas com a intervenção de um oficial público.

Dentre as formas públicas, encontram-se as notariais, ou seja, aquelas nas quais o oficial público que intervém é o notário.

Para Rufino Larraud, as formas notariais podem ser classificadas em fugazes e documentais. As primeiras designariam as formas

que carecem de dimensão no tempo, que não se perpetuam; são efêmeras, nascem e morrem instantaneamente. Cita Larraud<sup>135</sup>, como único exemplo destas, a leitura da escritura pública. As segundas, as que, ao contrário, se perpetuam no tempo.

A classificação proposta por Larraud para as formas notariais não merece acolhida no direito pátrio. As formas notariais entre nós são sempre documentais, isto é, perpetuam-se no tempo, o que aliás, é uma de suas principais características, geradora de segurança e certeza jurídica.

O único caso em que no direito uruguaio a forma seria fugaz, segundo assinala Larraud, qual seja, a leitura da escritura pública, não recebe igual tratamento jurídico em solo pátrio, porquanto, o ato de leitura da escritura pública, aqui, é ato que fica documentalmente consignado e perpetuado no tempo. É que o art. 215 do Código Civil, que trata da escritura pública, preceitua em seu § 1º, VI, que, dentre outros requisitos, deve ela conter a declaração de ter sido feita a leitura dela às partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram. Assim, embora possa o ato da leitura ser fugaz pela sua própria natureza, passa a ser documental por determinação legal, uma vez que traduzido documentalmente a fim de durar *ad perpetuam*.

As formas notariais, eminentemente documentais, têm a importante função de perpetuar no tempo a informação a respeito do ato jurídico celebrado, com o intuito de constituir prova segura dos fatos, propiciando segurança jurídica e fomentando a paz social ao evitar conflitos, ou torná-los mais facilmente resolúveis.

O notário, assim, num primeiro momento, recebe a vontade das partes, molda juridicamente essa vontade, e, qualificando positivamente o pedido das partes, instrumentaliza o ato jurídico adequado, perpetuando-o no tempo.

O direito atualmente repudia a forma pela forma; a forma desnuda de um significado maior, que imponha mera dificuldade sem que agregue valor. Toleram-se e até se estimula a forma, somente quando ligada a algum conteúdo, a algum valor, como o da segurança jurídica, por exemplo.

Desse ponto de vista convém analisar a atividade notarial. O instrumento notarial tem, basicamente, duas funções: a de permitir

<sup>135</sup>Curso, cit., p. 163.

um assessoramento jurídico imparcial às partes, e a de perpetuar no tempo, com força de fé pública, o instrumento erigido.

Quanto a este último aspecto, não parece ser fundamental a função notarial, uma vez que tal intento é conseguido, com vantagens, pelos registros públicos. Como meio de perpetuar a informação no tempo, os registros públicos são mais eficazes que as notarias, pois perpetuam igualmente no tempo a informação, com igual fé pública, e com as inegáveis vantagens da delimitação territorial por circunscrições, o que facilita a busca do documento, além da qualidade da publicidade, que o notário não tem.

O coração da atuação notarial está, assim, na assessoria jurídica imparcial que presta, que é elemento notável de segurança jurídica e pacificação social nas negociações privadas, por erigir negócios hígidos do ponto de vista jurídico. Esta função deve o notário desempenhar com total devoção e cuidado, pois aí reside a característica ímpar e imprescindível de sua atividade. O resto, hodiernamente, vem jungido a esta atividade. Se o notário não agir como verdadeiro assessor jurídico imparcial das partes, sua função esvazia-se, torna-se oca.

## 5. OBJETO DA FUNÇÃO NOTARIAL

Já tivemos oportunidade de averiguar que o conceito de função notarial encerra um objeto, qual seja, a individualização dos direitos subjetivos dos particulares.

O notário, ao receber e qualificar juridicamente a vontade das partes, analisa e individualiza os direitos de cada um, permitindo o tráfico comercial seguro desses direitos.

Cumpre, dessa forma, preliminarmente, analisar o conceito de direito subjetivo. Trata-se daqueles direitos emanados do ordenamento jurídico vigente, daqueles direitos oriundos do direito objetivo. Das normas permissivas, obrigatórias ou proibitórias que compõem o direito objetivo brotam os direitos subjetivos, isto é, aqueles que ou permitem que o indivíduo realize determinado ato, ou o obrigam a realizá-lo (nesse caso, se não o fizer, outrem poderá exigir que o faça), ou o proíbem de realizar (e, aqui, poderá um terceiro exigir que se abstenha da realização do ato). O direito subjetivo é a aplicação concreta e individualizada do direito objetivo, com as consequências que dele emanam.

Direito subjetivo “é *facultas agendi*; é a faculdade que o direito objetivo reconhece à pessoa de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, ou de exigir de outrem que, a seu favor, faça ou deixe de fazer alguma

coisa”<sup>136</sup>. Note-se que a cada direito subjetivo corresponde uma ação, de direito material, que o protege, a fim de que possa ser garantido o seu exercício.

O conceito de direito subjetivo tem sofrido variações estruturais ao longo das ciências jurídicas, entretanto, independentemente disso, pode-se afirmar ser o direito subjetivo o instituto fundamental de direito privado, que tem um papel central na construção de um sistema de direito privado, pautado na dignidade humana<sup>137</sup>.

Além disso, tem ele um conteúdo historicamente determinado, de modo que não se pode valorar abstratamente o complexo de poderes que são atribuídos ao seu titular, sendo necessário, de tempos em tempos, uma análise valorativa de tal conteúdo, de acordo com a evolução axiológico-jurídica<sup>138</sup>.

O conceito de direito subjetivo surgiu com Savigny<sup>139</sup>, que estreou a *teoria voluntarista* — a qual pauta o direito subjetivo na vontade humana — e o conceitua como um poder da vontade.

Embora essa teoria tenha colhido o mérito de informar o caráter da autodeterminação<sup>140</sup>, presente até hoje no conceito de direito subjetivo, sofreu ela inúmeras críticas, não respondidas, razão pela qual foi abandonada.

Assim, deixou essa teoria sem resposta adequada a questão a respeito da existência de direitos subjetivos, sem que haja qualquer resquício de vontade, como, por exemplo, no caso de um recém-nascido, ou de alguém que ignora a existência do direito adquirido, e que nem por isso deixam de ter o direito<sup>141</sup>.

Foi, dessa forma, a teoria voluntarista substituída pela *teoria do interesse*, que teve em Jhering seu expoente máximo.

Para essa teoria, o direito subjetivo seria um interesse juridicamente protegido, um interesse reconhecido pelo legislador e tutelado pelo Direito.

Criticou-se e abandonou-se tal teoria pelo fato de não ser possível confundir os conceitos de interesse e de direito subjetivo.

<sup>136</sup> João Franzen de Lima, *Curso*, cit., v. 1, p. 131.

<sup>137</sup> A. von Tuhr, *Teoría general del derecho civil alemán*, p. 57; Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, p. 416.

<sup>138</sup> Guido Alpa, *Trattato di diritto civile: Storia, fonti, interpretazione*, p. 372.

<sup>139</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direito civil*, cit., v. 3, p. 63.

<sup>140</sup> Ou seja, a possibilidade que tem o titular do direito, decorrente da sua vontade, de exercer, ou não, as faculdades jurídicas decorrentes do direito.

<sup>141</sup> Veja-se a respeito José de Oliveira Ascensão, *Direito civil*, cit., v. 3, p. 63.

A presença de um interesse protegido não basta para caracterizar um direito subjetivo, porquanto existem interesses protegidos aos quais não corresponde um direito subjetivo, os chamados *interesses reflexamente protegidos* — v. g., no caso de lei que imponha vacinação obrigatória à população, em que há indubitavelmente a tutela de um interesse das pessoas, sem que haja, entretanto, um direito subjetivo a tal vacinação<sup>142</sup>.

A todo direito subjetivo corresponderá um interesse<sup>143</sup>, entretanto, a recíproca não é verdadeira.

Embora afastada pelos problemas apontados, a teoria do interesse trouxe a contribuição de que o direito subjetivo corresponde a um interesse do seu titular, o qual é reconhecido e tutelado pelo ordenamento jurídico.

A partir das correntes voluntarista e do interesse, surgiram outras, ditas ecléticas, porquanto mesclaram elementos de ambas, sem contudo criar algo de novo.

Nesse sentido, por exemplo, o conceito de Ugo Majello, segundo o qual direito subjetivo é “il potere della volontà che l’ordinamento giuridico riconosce per la realizzazione d’interessi individuali giuridicamente tutelati”<sup>144</sup>.

Entretanto, a ciência jurídica evoluiu para novos conceitos, os quais trataram de levar em conta a evolução técnica e a evolução axiológica alcançadas.

Nesse sentido, Antônio Menezes Cordeiro conceituou do direito subjetivo como a “permissão normativa específica de aproveitamento de um bem”<sup>145</sup>.

José de Oliveira Ascensão, por seu turno, conceitua o direito subjetivo como “uma posição concreta de vantagem, de pessoas individualmente consideradas, resultante da afectação de meios jurídicos

para permitir a realização de fins que a ordem jurídica aceita como dignos de protecção”<sup>146</sup>.

Também Michaélides-Nouaros: “prerrogativa reconocida por el orden jurídico para provecho de un particular, en tanto que persona y miembro de la comunidad, para que despliegue una actividad útil a él mismo y al bien común”<sup>147</sup>.

O certo é que, tenha-se por correta a teoria que for, decorre do conceito de direito subjetivo que com ele há o nascimento, para o seu titular, de uma situação vantajosa tutelada pelo ordenamento jurídico por ser relevante.

O direito subjetivo é a situação vantajosa que decorre para alguém diante da concretização do suporte fático abstrato previsto na norma jurídica. Incidindo a norma jurídica sobre determinado fato, e surgindo daí dada situação de vantagem para alguém, surge o direito subjetivo.

Da situação caracterizadora do direito subjetivo resta claro que os direitos da personalidade incluem-se na noção de direito subjetivo; são uma espécie do gênero direito subjetivo.

Nisso não diverge a doutrina atual, embora, como vimos, possa divergir a respeito do conceito de direito subjetivo.

Assim fazem, por exemplo, José de Oliveira Ascensão<sup>148</sup>, Francisco Amaral<sup>149</sup>, Santos Cifuentes<sup>150</sup>, Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón<sup>151</sup>, Antônio Menezes Cordeiro<sup>152</sup>, Ugo Majello<sup>153</sup> e Louis Josserand<sup>154</sup>.

Partindo da premissa de que o ordenamento jurídico é instrumento de pacificação e equilíbrio social que torna viável a vida em sociedade, deve haver a possibilidade de realização espontânea do direito subjetivo, pela adesão dos indivíduos, de forma livre e voluntária, aos preceitos normativos.

E é isto o que ocorre normalmente. Em geral, as regras estabelecidas na norma jurídica encontram reconhecimento e acatamento es-

<sup>142</sup> Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, p. 9.

<sup>143</sup> Para Antônio Menezes Cordeiro, há a possibilidade da existência de um direito subjetivo sem um interesse diretamente protegido, como ocorre com o direito de propriedade de coisa deteriorada, por exemplo, o que também ajudaria a afastar a teoria do interesse do direito subjetivo (*Tratado de direito civil português*, v. 1, t. 1, p. 155).

<sup>144</sup> *Situazioni soggettive e rapporti giuridici. Fatti atti e negozi giuridici*, in Guido Alpa et al., *Istituzioni di diritto privato a cura di Mario Bessone*, p. 70.

<sup>145</sup> *Tratado de direito civil português*, cit., v. 1, t. 1, p. 166.

Esta conceituação de Menezes Cordeiro sofreu a crítica de José de Oliveira Ascensão, por entendê-la como limitada pela visão normativa (*Direito civil*, cit., v. 3, p. 67).

<sup>146</sup> *Direito civil*, cit., v. 3, p. 79.

<sup>147</sup> In Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, cit., v. 1, p. 416.

<sup>148</sup> *Direito civil*, cit., v. 3, p. 94.

<sup>149</sup> *Direito civil: introdução*, p. 198.

<sup>150</sup> *Elementos de derecho civil: parte general*, p. 37.

<sup>151</sup> *Sistema de derecho civil*, cit., v. 1, p. 419.

<sup>152</sup> *Tratado de direito civil português*, cit., v. 1, t. 1, p. 173.

<sup>153</sup> *Situazioni soggettive e rapporti giuridici. Fatti atti e negozi giuridici*, in *Istituzioni di diritto privato a cura di Mario Bessone*, p. 70.

<sup>154</sup> *Derecho civil*, t. 1, v. 1, p. 110-101.

pontâneo por aqueles aos quais ela se dirige; ocorre o cumprimento espontâneo do ordenamento pelos seus destinatários. As relações jurídicas se estabelecem e se extinguem pelo seu modo normal, com pleno cumprimento e acatamento das normas.

Apenas de forma excepcional é que os direitos subjetivos são exercidos de forma atípica, entrando em ação subsidiariamente a atividade jurisdicional do Estado, o Estado-juiz. O exercício de direito subjetivo mediante imposição ditada pelo Estado, na pessoa do juiz, e buscada pela ação própria que protege tal direito, é via anômala, excepcional, e, portanto, enormemente minoritária.

Nem poderia ser diferente, visto que, se a forma normal de realização do direito fosse pela via judicial, restaria inviável, ou no mínimo caótica, a vida no seio social.

Careceria de sentido se concebêssemos o ordenamento jurídico como um direito universalmente desobedecido e universalmente aplicado pelos juizes, uma vez que a aplicação judicial como fato não é fundamento da validade jurídica, e sim sinal dela. Admite-se que o direito é, também, realizável de modo espontâneo: pela simples observância dos particulares, quer dizer, guardando e cumprindo pacífica e exatamente o que o direito ordena. A norma geral e abstrata cobra sentido vital na medida em que se pode individualizá-la.<sup>155</sup>

### 5.1. Direitos subjetivos e realização do direito

Realizar o direito é dar nascimento a um direito subjetivo, ou negar essa qualidade a uma dada situação de fato; é atualizar a norma na vida da sociedade, determinando concretamente uma conduta individual daquelas que o esquema compreende: vale dizer, inscrever certo fato no esquema de uma regra de direito.<sup>156</sup>

Realizar o direito é aplicá-lo a situações concretas da vida, fazendo incidir a norma jurídica sobre as situações do mundo fático, observando se tal incidência acarreta o nascimento de um direito subjetivo ou não.

Para compreender-se, porém, de forma mais completa o fenômeno da realização do direito, mister se faz tecer alguns esclarecimentos.

A aplicação do direito às situações da vida dá-se pela incidência de

<sup>155</sup> Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 164-165.

<sup>156</sup> Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 167-168.

suas normas sobre os acontecimentos do mundo dos fatos. A incidência da norma jurídica é a concreção suficiente do seu suporte fático.<sup>157</sup>

Ocorre, porém, que várias podem ser as formas de composição do suporte fático da norma. A proposição hipotética contida na norma pode ser de vários teores, como, por exemplo, um fato da natureza ou um ato humano volitivo. De acordo com a composição que se apresentar, poderemos ter a incoação de fatos jurídicos de diferentes classificações<sup>158</sup>, a saber:

<sup>157</sup> Leciona Marcos Bernardes de Mello que o fenômeno da incidência da norma jurídica, em razão da natureza das suas disposições, pode produzir diferentes consequências, a saber:

1. Juridicização — Quando a incidência da norma tem o condão de transportar o fato sobre o qual incidiu para o mundo jurídico. O fato passa a ser jurídico; nasce para o mundo jurídico. “O mundo jurídico é consequência exclusiva da incidência, porque somente através dela se formam os fatos jurídicos que, por sua vez, exclusivamente também, constituem o mundo do direito.”

2. Desjuridicização — Quando a incidência resulta na retirada de determinado fato do mundo jurídico. Um fato que era jurídico, pela incidência, passa a não mais sê-lo. Exemplo desse fenômeno é o art. 1.183 do CC, que reza acerca da revogação das doações.

3. Pré-exclusão de juridicidade — Quando a incidência tem a finalidade de evitar que certo fato venha a se tornar jurídico. Exemplo disso é o art. 160 do CC. “No caso de norma pré-excludente de juridicização, o suporte fático de determinada norma jurídica passa a ser considerado insuficiente”, isto é, não suficientemente concretizado, “se ocorrerem as circunstâncias nela (norma pré-excludente de juridicização) previstas”.

4. Invalidação — A incidência torna não válidos os atos jurídicos, declarando-os nulos ou anuláveis. Assevera Marcos Bernardes que o ato entra no mundo jurídico, existe, porém nulo ou anulável.

5. Deseficacização — A incidência acarreta o desfazimento da eficácia que o fato jurídico já produziu, sem dizer respeito, entretanto, quanto a sua validade, como, por exemplo, no caso de caducidade ou prescrição (*Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 74-78).

<sup>158</sup> Rufino Larraud trata o tema de forma diversa, indo de encontro a algumas das colocações feitas. Assim que, para Larraud, os fatos *stricto sensu* não podem ser classificados em lícitos ou ilícitos e, portanto, ele distingue e lícitude da ilicitude apenas dentro do trato dos atos jurídicos. Para Larraud, a classificação dos fatos se dá da seguinte forma:

I. Fatos simples (fatos não jurídicos).

II. Fatos jurídicos:

A. Fatos naturais.

B. Fatos voluntários (atos jurídicos):

a) Ilícitos.

b) Lícitos:

1. Atos simples, ou meros atos jurídicos.

2. Atos jurídicos em sentido estrito.

## Fato Jurídico *lato sensu*

1. Conforme ao direito (lícitos)
  - 1.1. Fato jurídico *stricto sensu*
  - 1.2. Ato-fato jurídico
  - 1.3. Ato jurídico *lato sensu*
    - 1.3.1. Ato jurídico *stricto sensu*
    - 1.3.2. Negócio jurídico
2. Contrário ao direito (ilícitos)
  - 2.1. Fato ilícito *stricto sensu*
  - 2.2. Ato-fato ilícito
  - 2.3. Ato ilícito
    - 2.3.1. Absoluto
    - 2.3.2. Relativo
    - 2.3.3. Invalidante
    - 2.3.4. Caducificante

Note-se que fato jurídico *lato sensu* é qualquer fato sobre o qual tenha incidido a norma jurídica e que tenha tido como consequência o ingresso dele (fato) no mundo jurídico, devido à concreção do suporte fático previsto na norma. Segundo Pontes de Miranda, “é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico (...) no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contém fatos jurídicos. *Fato jurídico* é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimanar, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica”<sup>159</sup>.

Os acontecimentos do mundo fático sobre os quais a norma jurídica não incidiu lá permanecem, não fazendo parte do mundo jurídico, não sendo, portanto, fatos jurídicos. O mesmo acontece caso a norma tenha incidido para desjuridicizá-lo ou pré-excluir a sua juridicidade.

### 3. Negócios jurídicos.

Os fatos naturais são fenômenos meramente físicos; os atos jurídicos simples são atos humanos voluntários compreendidos nas faculdades genéricas do sujeito, em sua liberdade geral, sendo irrelevante para o direito, como, por exemplo, a plantação; os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos guardam identidade com as explanações que procedemos acima (*Curso*, cit., p. 165-168).

<sup>159</sup> *Tratado de direito privado*, t. I, § 23, 1.

Os fatos jurídicos *lato sensu* podem ser divididos em dois grandes grupos: conforme ao direito ou lícitos, e contrários ao direito ou ilícitos, na medida em que a sua concreção represente conformidade com a ordem jurídica ou violação desta ordem.

Dentro das espécies lícitas, brotam várias ramificações. Assim, teremos o fato jurídico *stricto sensu* quando na composição do suporte fático entrarem apenas fatos da natureza, independentemente de ato humano como dado essencial.

Há outros fatos que, para existir, exigem a presença essencial de um ato de vontade humano; todavia, a concreção do seu suporte fático prescinde do elemento volitivo: são os atos-fatos jurídicos. São atos, porque decorrem de ato volitivo humano, mas que ingressam no mundo jurídico como fatos, porquanto o elemento volitivo não integra o suporte fático da norma, e, portanto, é elemento irrelevante para o direito; a vontade não é qualificada pelo direito nesse caso.

Ainda dentro do grande grupo dos fatos lícitos, encontramos aqueles cujo suporte fático exige um ato humano e tem como cerne o elemento volitivo; necessita uma exteriorização consciente de vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido, e possível. Trata-se dos atos jurídicos *lato sensu*, que se subdividem em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico.

No ato jurídico *stricto sensu*, embora tenha como elemento nuclear do suporte fático a manifestação da vontade, tal manifestação limita-se a compor o suporte fático de determinada categoria jurídica decorrendo daí os efeitos necessários previstos na norma. Já no que tange ao negócio jurídico, há a possibilidade de que, mediante a manifestação de vontade, se possa, dentro de certos parâmetros, autorregular interesses, efetuando a escolha de categorias jurídicas e estruturando o conteúdo eficaz das relações jurídicas decorrentes do ato jurídico; há aqui uma vontade dirigida a um fim tutelado pelo ordenamento jurídico. Daí dizer-se que, no primeiro caso, os efeitos do ato são *ex lege*, e no segundo, *ex voluntate*.

No que concerne ao grupo dos fatos jurídicos ilícitos, podem primeiro classificar-se em fatos ilícitos *stricto sensu*, nos casos em que a ilicitude resulta de simples fato da natureza, como, por exemplo, nos casos em que alguém responde pelo caso fortuito ou força maior.

Em outras situações, a ilicitude decorre de um ato humano ao qual a norma abstrai o elemento volitivo, como ocorre, por exemplo, no caso do art. 862 do Código Civil.

Quando a vontade tem papel relevante na ação ou omissão que acarreta o ato ilícito, estamos diante de um ato ilícito *lato sensu*, que

se ramifica em ato ilícito *stricto sensu* ou absoluto, relativo, invalidante e caducificante.

O ato ilícito *stricto sensu* ou absoluto surge quando a violação de direito causa prejuízo a terceiro. O direito violado deve ser geral. Deve inexistir entre ofensor e ofendido relação jurídica anterior à violação ou, se houver, que seja absoluta, isto é, com sujeito passivo total, indeterminado. A relação ou a individuação passiva deve surgir com o ato ilícito. Exemplo disso é o art. 186 do Código Civil.

Ato ilícito relativo é aquele no qual a ilicitude se configura pela violação de deveres oriundos de relações jurídicas de direito relativo, resultantes de negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*. É comumente chamado de ilícito contratual.

Quando o ato ilícito tem por efeito a perda, ou caducidade, de um direito, diz-se que ele é caducificante, como ocorre no caso do art. 1.638 do Código Civil.

E, finalmente, o ato ilícito invalidante, que se caracteriza como todo ato de violação ao direito cuja consequência seja a sua invalidade. É o que ocorre com os atos nulos.

Todas as espécies de fatos jurídicos examinadas *supra* podem compor o suporte fático da norma e, portanto, ser objeto da realização do direito e, mais do que isso, criar direitos subjetivos para os indivíduos na medida em que se concretizam no mundo fático.

## 5.2. Direitos subjetivos e função notarial

Em sua atividade funcional, o notário não atua diretamente sobre o direito objetivo; porém, o faz de modo permanente sobre os direitos subjetivos: aquelas faculdades ou prerrogativas que o ordenamento jurídico reconhece às pessoas. Entretanto, como essas prerrogativas se determinam, segundo já se disse, por certos fatos e conforme as previsões da norma jurídica, por necessidade deve o notário manejar a ciência do direito e atuar tecnicamente sobre os fatos para adequá-los às hipóteses da lei, com o objetivo de lograr o desígnio econômico ou social das partes<sup>160</sup>.

O tabelião por intermédio de seu mister regula as relações jurídicas; ele recebe os fatos e os molda juridicamente por meio de sua técnica; ultrapassa sua mera realidade e se situa no plano do direito,

<sup>160</sup>Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 168.

cuidando de sua legitimidade, da legalidade do ato que se origina e das adequadas condições de eficácia.

Preciosa mais uma vez a lição de Larraud: “Por eso es posible afirmar que los derechos subjetivos de las personas constituyen la materia viva sobre la qual ejerce el escribano su actividad. La función notarial tiende a asegurar el desenvolvimiento regular de la que ha sido llamada, alguna vez, *biología de los derechos en la normalidad*; el nacimiento, desarrollo, transformación y caducidad de los derechos subjetivos en el plano de la normalidad jurídica. Ya hemos visto... que la función notarial considera las relaciones de los individuos en su dimensión jurídica. Vale a pena agregar que esta afirmación no excluye (...) las consecuencias económicas que son resultado directo e inmediato de su régimen jurídico”<sup>161</sup>.

Reitere-se que o notário exerce sua função no âmbito da normalidade jurídica e que é tal função organizada pelo Estado e posta à disposição de todas as pessoas a fim de proteger os seus direitos subjetivos; qualquer interesse protegido pelo ordenamento jurídico pode ser submetido à função notarial.

As pessoas às quais está à disposição a função do notário são tanto as naturais quanto as jurídicas, bem como o próprio Estado, quando atua equiparado a uma pessoa jurídica de direito privado.

## 6. FINALIDADE DA FUNÇÃO NOTARIAL

Já tivemos anteriormente oportunidade de nos referir à finalidade da função notarial: a certeza jurídica das relações e situações subjetivas concretas.

O Estado, por meio do seu poder jurisdicional e da coisa julgada, fornece instrumentos eficazes na consecução da certeza jurídica; todavia, são instrumentos paliativos, que atuam *a posteriori*, após instalado o conflito.

É no âmbito da realização normal do direito, no terreno do direito substantivo, onde a incerteza pode mais comumente germinar. Desta forma, deve o Estado ter meios de intervenção nesta área. Há portanto a necessidade de haver uma função que individualize os direitos subjetivos na esfera da realização voluntária do direito, dotando-os de certeza jurídica, certeza essa preventiva.

<sup>161</sup>*Curso*, cit., p. 168-169.

É preciso admitir, no que tange a esse aspecto da certeza *a priori* das relações e situações jurídicas concretas, que as dificuldades técnicas aumentam consideravelmente se comparadas com o que sucede no terreno jurisdicional; como aquisição firme, definitiva, pouco mais pode fazer-se além da fixação preventiva do estado de fato em que se apoiam os respectivos direitos subjetivos tutelados. Todo o demais deve estar sujeito à incerta autoridade dos juízos pessoais, qualquer que seja a solução técnica que se adote: a legitimidade do direito transferido, por exemplo, estaria fundada no juízo — sempre falível — do técnico que a afirmasse; outro tanto caberia dizer da legalidade do ato e sua qualificação. Em troca, os fatos afirmados por evidência admitem uma certeza racional, que o direito pode mais livremente amparar.

A fixação preventiva dos fatos se obtém sem maiores dificuldades por meio da fé pública e da autenticidade que dela deriva. Para facilitar uma fixação *a priori* do direito, entre nós, o Estado estabelece um sistema de publicidade registral e institui o notariado com o encargo de dirigir juridicamente os particulares em suas relações, atuando na regulação de seus direitos subjetivos.

O exposto não deve interpretar-se, sem embargo, como se fé pública e direção jurídica fossem duas entidades independentes: a função é, em seu conteúdo, exercício de jurisprudência cautelar; consiste em prestar direção jurídica aos particulares, no âmbito da realização normal do direito. Porém seu caráter técnico, em atenção à finalidade de certeza que ela cumpre, assinala os seus meios mais idôneos para o cabal cumprimento do objeto perseguido, e o meio mais adequado para fixar preventivamente os fatos jurídicos é a fé pública.

Desta forma, a fé pública e a autenticidade notarial constituem o meio mais idôneo para cumprir um aspecto da função notarial<sup>162</sup>.

A fé pública, portanto, não integra o conteúdo da função notarial, mas integra o elenco de elementos que a técnica jurídica põe à disposição do tabelião para que melhor cumpra seu postulado.

Da fé pública decorre o caráter autenticante da função notarial, isto é, a capacidade de tornar crível o que o notário declarar que ocorreu em sua presença. A intervenção do notário torna o documento autêntico; faz com que aquilo que o notário afirmou que ocorreu seja permeado por uma presunção *juris tantum* de veracidade. A prova em

<sup>162</sup>Rufino Larraud, *Curso*, cit., p. 170-171.

contrário é possível, embora difícil por força da fé pública, a qual tem sido bem utilizada ao longo do tempo pelos tabeliães.

Não se trata a fé pública de um princípio a reger o direito notarial, como pretendem alguns: primeiro, não se trata de um ditame axiológico sobre o qual repousa o direito notarial, nem mesmo a função notarial; segundo, porque não é exclusiva do notário, uma vez que é característica encontrada facilmente em agentes que exercem funções públicas.

Trata-se a fé pública tão somente de característica técnica da qual é dotada o tabelião com o intuito de mais facilmente conseguir seu intento de intervenção cautelar na esfera graciosa do desenvolvimento jurídico, criando prova qualificada e, com isso, dando certeza e segurança jurídicas e fomentando a paz social.

Como sumo, deve extrair-se que a função notarial tem por finalidade a certeza jurídica preventiva, pulverizando-a na individualização regular dos direitos subjetivos.

## 7. ATUAÇÃO NOTARIAL NA ATUALIDADE: ECONOMIA DE MERCADO E TUTELA DO HIPOSSUFICIENTE

O mundo tem sofrido profundas alterações no transcorrer dos últimos três séculos.

O surgimento do liberalismo econômico de Adam Smith modificou de maneira marcante a economia de mercado, imprimindo-lhe conotações que até hoje influenciam nossa vida econômica.

Paralelamente a isso, evoluiu o Estado, instigado pelas próprias mutações econômicas, tendo uma postura liberal inicialmente, mas evoluindo para uma socialização, no sentido de passar a preocupar-se com o bem-estar dos seus cidadãos, coibindo os abusos cometidos em nome da liberdade econômica.

O direito, em especial a seara contratual, recebeu fortes influências dessa evolução econômico-estatal, tendo de se amoldar a tal evolução, oferecendo respostas jurídicas para os problemas econômico-sociais aventados. Nesse sentido, o contrato moderno nasceu liberal, como um verdadeiro instrumento da consecução da economia do *laissez faire*, recepcionando os ideais de liberdade bravejados pela Revolução Francesa. Passou num segundo momento a sugar os ideais do Estado social, promovendo limitações à autonomia privada em nome do interesse coletivo, evitando os abusos cometidos em nome da supremacia da economia de mercado. Por fim, chega-se ao contrato

pós-moderno, de conotações ainda incipientes, às quais busca o contrato amoldar-se.

Também a função notarial sofreu influências diante desse fenômeno evolutivo multidisciplinar, mormente diante da evolução da teoria contratual. É preciso, pois, embrenhar-se na análise acerca do papel da *instituição notarial* diante do fenômeno da teoria contratual pós-moderna. Como deve portar-se o notário diante da nova economia de mercado? De que maneira o neoliberalismo, a nova economia de mercado, a pós-modernidade enfim, influenciaram a atividade notarial, e qual a resposta que a sociedade espera do notariado? É o que se pretende perfunctoriamente analisar no presente trabalho.

Para tanto, dividiu-se o tema em dois momentos. No primeiro, far-se-á um acompanhamento evolutivo da economia de mercado, do Estado e da teoria contratual, os quais se encontram umbilicalmente ligados. Em segundo lugar, buscar-se-á respostas acerca de quais as mutações geradas por tais fenômenos na atividade notarial, bem como qual deve ser a postura atual do notário perante o estágio atual da economia de mercado e do Direito.

## 7.1. A economia de mercado e suas ingerências no mundo jurídico

Antes de iniciarmos propriamente a análise das características de atuação notarial em face da nova economia de mercado, mister se faz delinear o que vem a ser a economia de mercado, bem como as alterações por ela fomentadas no mundo jurídico e na própria noção de Estado. É o que se fará neste primeiro momento.

### 7.1.1. Caracterização da economia de mercado

Segundo a definição dos economistas, economia de mercado, ou economia capitalista, é o “conjunto de regras, pelo qual se compram e vendem bens e serviços, assim como fatores produtivos”<sup>163</sup>.

Permanecem vivas, nesse sentido, as lições de Adam Smith (1723-1790), para quem “a solução para o funcionamento da economia na sociedade deve ser encontrada nas leis de mercado, na interação do interesse individual e na concorrência, uma vez que o empresário se vê obrigado pelas forças da concorrência a vender suas

mercadorias a um preço próximo do custo de produção: é preciso ser o mais eficiente possível para manter seus custos baixos e permanecer em condições competitivas. A ‘mão invisível’ do mercado não só designa as tarefas, mas também dirige as pessoas na escolha da profissão, fazendo com que se levem em conta as necessidades sociais. Da mesma maneira, o mercado regula quais são as mercadorias que devem ser produzidas”<sup>164</sup>.

Para Smith, a “essência da economia de mercado é que nela tudo se converte em mercadorias com um preço e que as ofertas dessas mercadorias estão sujeitas à variação de preço”<sup>165</sup>.

Todavia, a visão de economia de mercado que nos interessa, e a qual tem sido reiteradamente debatida e tratada pelos juristas no mundo todo, não é a tradicional, conceituada em todos os manuais de economia e presente nas ciências econômicas desde a sua incoação, mas sim a visão pós-moderna, liberal — ou neoliberal como preferem alguns —, construída a partir do período que se convencionou chamar de pós-fordista e que redundou no capitalismo atual, designado por uns como maduro e por outros como selvagem, com pregações marcadamente liberais, não intervencionistas, numa entoação mais feroz da política do *laissez faire*.

Nesse sentido, leciona Jorge Mosset Iturraspe que economia de mercado, “según la versión de sus corifeos neoconservadores, es la designación del orden espontáneo en el que suceden las acciones deliberadas y propósitos individuales que hacen que la vida en sociedad se desarrolle en forma tal que todos los individuos, en determinado momento, lleguen a cooperar entre sí y satisfacer sus necesidades con economía de recursos”<sup>166</sup>.

Para compreender-se a evolução da economia de mercado do período moderno ao pós-moderno, mister se faz analisar o fenômeno do fordismo, que imprimiu profundas alterações no modelo capitalista vigente à época, bem como a sua queda e a passagem ao período pós-fordista, no qual se moldou o capitalismo neoliberal, a economia de mercado nos termos que a vemos hoje.

O fordismo, cuja data simbólica inicial foi 1914, quando Henry Ford introduziu sua jornada de trabalho de oito horas diárias numa li-

<sup>164</sup>In Roberto Luis Troster e Francisco Mochón, *Introdução*, cit., p. 61.

<sup>165</sup>In Roberto Luis Troster e Francisco Mochón, *Introdução*, cit., p. 61.

<sup>166</sup>*Como contratar em uma economia de mercado*, p. 75-76.

<sup>163</sup>Roberto Luis Troster e Francisco Mochón, *Introdução à economia*, p. 46.

na de montagem<sup>167</sup>, caracteriza-se por ser um modelo de acumulação intensiva de capital que se funda em duas premissas básicas: a reorganização do processo de trabalho sobre a base tayloriana<sup>168</sup>, com a introdução da luz elétrica por exemplo, e a formação de estruturas de consumo massivas de bens produzidos industrialmente de forma seriada<sup>169</sup>.

O “termo tornou-se a maneira usual de se definirem as características daquilo que muitos consideram constituir-se um modelo/tipo de produção, baseado em inovações técnicas e organizacionais que se articulam tendo em vista a produção e o consumo em massa. (...) O processo de produção fordista fundamenta-se na linha de montagem acoplada à esteira rolante, que evita o deslocamento dos trabalhadores e mantém um fluxo contínuo e progressivo das peças, permitindo a redução dos tempos mortos, e, portanto, a porosidade”<sup>170</sup>.

Consoante lição de Antonio Gramsci, o fordismo representava um “maior esforço coletivo até para criar, com velocidade sem precedentes, e com uma consciência de propósito sem igual na história, um novo tipo de trabalhador e um novo tipo de homem”, concluindo que os novos métodos de trabalho “são inseparáveis de um modo específico de viver e de pensar e sentir a vida”<sup>171</sup>.

Trouxe o fordismo profundas implicações para o capitalismo, demonstrando, ao contrário do que se defendia na época, que era possível aumentar-se a produção, reduzir-se os preços, elevar-se o consumo e, desta forma, aumentar as taxas de lucro<sup>172</sup>. Como decorrência disso, emergiu a sociedade de consumo de massas.

Tinha Henry Ford plena convicção na capacidade de regulamentação da economia por parte das corporações, a ponto de aumentar os salários de seus empregados no início da Grande Depressão, na

<sup>167</sup>David Harvey, *Condição pós-moderna*, p. 121.

<sup>168</sup>O taylorismo e o fordismo não se confundem. Caracteriza-se o primeiro pela intensificação do trabalho por meio de sua racionalização científica, tentando evitar movimentos inúteis, ao passo que o segundo é mais abrangente, envolvendo extensa mecanização, mediante o uso de máquinas-ferramenta, linhas de montagem, esteira rolante e divisão/especialização do trabalho. (Sonia M. G. Laranjeira. Fordismo e pós-fordismo, in Antonio David Cattani (org.), *Trabalho e tecnologia. Dicionário crítico*, p. 91).

<sup>169</sup>Carlos Alberto Gherzi. *La posmodernidad jurídica*, p. 53.

<sup>170</sup>Sonia M. G. Laranjeira. Fordismo e pós-fordismo, cit., p. 89.

<sup>171</sup>In David Harvey, *Condição*, cit., p. 121.

<sup>172</sup>Sonia M. G. Laranjeira. Fordismo e pós-fordismo, cit., p. 90.

expectativa de que isto aumentasse a demanda, recuperasse o mercado e restaurasse a confiança nos negócios, o que se mostrou insuficiente e frágil para recuperar o baque no capitalismo da época, uma vez que tal intento somente ocorreu mediante intervenção estatal.

Após a Grande Depressão dos anos 30 e da Segunda Grande Guerra, surgiu um fordismo maduro, aliado a um Estado intervencionista. O período pós-guerra assistiu ao crescimento do Estado do bem-estar social, regulamentador e rígido.

O Estado keynesiano ou benfeitor, conforme assevera Gherzi, “nació con el modelo fordista y se expandió como ‘proceso contenedor’ de la desintegración social, asegurando los beneficios de la educación, la salud, la seguridad social y en donde fueron factores fundamentales la propensión al crecimiento sostenido y la esperanza de pleno empleo”<sup>173</sup>.

O “crescimento fenomenal da expansão de pós-guerra dependeu de uma série de compromissos e reposicionamentos por parte dos principais atores dos processos de desenvolvimento capitalista. O Estado teve de assumir novos (keynesianos) papéis e construir novos poderes institucionais; o capital corporativo teve de ajustar as velas em certos aspectos para seguir com mais suavidade a trilha da lucratividade segura; e o trabalho organizado teve de assumir novos papéis e funções relativos ao desempenho nos mercados de trabalho e nos processos de produção”<sup>174</sup>.

A partir do final da década de 60 e início da de 70, o modelo de acumulação fordista começou a entrar em declínio por motivos, segundo identificou Carlos Gherzi<sup>175</sup>, pautados na tendência decrescente da taxa de lucro empurrada por força, dentre outros, da crise fiscal do Estado, mudanças de relações de poder, transformação do sistema estrutural produtivo, mudanças no padrão de consumo, e o descrédito na redistribuição social que efetuava o Estado do bem-estar social.

“Nos anos 70, acentuam-se mudanças significativas nas formas de produção fordista em razão de pressões competitivas, causadas, principalmente, pela concorrência japonesa.

As novas formas de produção são difundidas e implementadas num contexto de intensificação dos processos de inovação tecnológi-

<sup>173</sup>*La posmodernidad*, cit., p. 54.

<sup>174</sup>David Harvey, *Condição*, cit., p. 125.

<sup>175</sup>*La posmodernidad*, cit., p. 48.

ca (com a utilização de tecnologia de base microeletrônica) e de competição ao nível global.”<sup>176</sup>

David Harvey identifica a causa do declínio do fordismo na rigidez do Estado keynesiano que se havia engendrado, que cada vez mais se foi confrontando com os ditames do capitalismo, da economia de mercado. Neste sentido, asseverou que “o período de 1965 a 1973 tornou cada vez mais evidente a incapacidade do fordismo e do keynesianismo de conter as contradições inerentes ao capitalismo. Na superfície, essas dificuldades podem ser melhor apreendidas por uma palavra: rigidez. Havia problemas com a rigidez dos investimentos de capital fixo de larga escala e de longo prazo em sistemas de produção em massa que impediam muita flexibilidade de planeamento e presumiam crescimento estável em mercados de consumo invariantes. Havia problemas de rigidez nos mercados, na alocação e nos contratos de trabalho. (...) A rigidez dos compromissos do Estado foi se intensificando à medida que programas de assistência (...) aumentavam sob pressão para manter a legitimidade num momento em que a rigidez na produção restringia expansões da base fiscal para gastos públicos”<sup>177</sup>.

Nessa esfera de acontecimentos ingressa-se na era do pós-fordismo, chamado por Harvey de acumulação flexível, marcada por um confronto direto com a rigidez do fordismo; marcada por uma flexibilização dos “processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo”<sup>178</sup>. Como conseqüência dessa flexibilização, surgem setores de produção novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados, inovação comercial, tecnológica e organizacional. Passa-se para um Estado não intervencionista, não regulamentador e adepto da privatização, em detrimento da socialização do bem-estar<sup>179</sup>.

Surge assim a nova economia de mercado, que imprime uma volta ao liberalismo de Adam Smith, porém com conotações próprias<sup>180</sup>.

O capitalismo, vale dizer, a economia de mercado, é uma administração ideológica da economia, da mesma forma que o é o socialis-

<sup>176</sup> Sonia M. G. Laranjeira. Fordismo e pós-fordismo, cit., p. 91.

<sup>177</sup> *Condição*, cit., p. 135-136.

<sup>178</sup> *Condição*, cit., p. 140.

<sup>179</sup> David Harvey, *Condição*, cit., p. 140-168.

<sup>180</sup> Daí a razão de ser chamado de neoliberalismo.

mo, e a ideologia capitalista atual, a nova economia de mercado, visa dar forma — a sua própria forma —, a inteira convivência dos homens<sup>181</sup>. Ocorre a busca da supremacia das normas da economia de mercado sobre os demais segmentos da sociedade, a busca do império da economia de mercado.

Nesse diapasão, alerta Jorge Mosset Iturraspe que “en una economía de mercado hay prioridades económicas que se colocan por encima de las normas o de los valores que ellas apuntan a consagrar: la radicación de capitales extranjeros; la seguridad jurídica, entendida como el respeto ciego a la letra del contrato; la no revisibilidad de los negocios por los jueces; el mantenimiento del provecho, lucro o beneficio calculado; la libertad de los precios; etcétera. Hay así mismo, una jerarquización de la ‘actividad empresaria’, como motor de la economía, que hace que los ‘usos’ y hábitos empresarios tengan fuerza normativa, considerados como parte de ‘las reglas invisibles’, de la regulación natural, a la cual el Derecho debe respetar y no alterar. (...)”

Por encima de todo, la ‘economía de mercado’ cree en la Economía y descrea del Derecho, en orden a la regulación de la sociedad civil. Confía en los factores de producción y desconfía de la regulación jurídica. Levanta los valores de la eficiencia y de la productividad y baja los de la escala axiológica del Derecho: justicia, equidad, solidaridad. Deshumaniza la vida en sociedad. Adhiere a un capitalismo duro, agresivo, salvaje (...). Pregonar el Estado ‘mínimo’<sup>182</sup>.

Pauta-se essa ideologia da supremacia das regras da economia de mercado, na defesa da ideia do direito natural. A economia de mercado, afirmam seus defensores, corresponde às leis naturais, uma vez que não é construída, sendo pois ínsita ao ser humano, que passa a ser o *homo oeconomicus*. Alerta neste tocante Natalino Irti: “La sua ‘naturalità’ la rende estranea alla storia, la sottrae alla disputa delle opinioni, la munisce di quell’incontrovertibilità che è propria delle legge fisiche e chimiche. I giuristi possono ben osservare che il vecchio diritto naturale ritorna negli abiti, più freschi e disinvolti, dell’economia di mercato”<sup>183</sup>. Da mesma forma preleciona Jorge Mosset Iturraspe:

<sup>181</sup> Natalino Irti, Economia di mercato e interesse pubblico, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 2, p. 435-436.

<sup>182</sup> *Como contratar*, cit., p. 35-37.

<sup>183</sup> Economia di mercato, cit., p. 436.

“Quando se alude a ese orden espontáneo se intenta dar a entender que no es una creación deliberada del hombre. Su surgimiento ‘es una respuesta de la naturaleza a la necesidad que el hombre tiene de vivir en sociedad’”<sup>184</sup>.

Uma vez que as normas econômicas são normas naturais, ínsitas ao ser humano, argumentam seus defensores que devem elas prevalecer sobre as normas jurídicas, consistentes em uma construção volitiva e artificial do homem. Novamente preciosos aqui os esclarecimentos de Natalino Irti: “Le leggi di natura si dichiarano debitorie del diritto dello Stato, cioè di una costruzione volontaria e artificiale degli uomini. L’economia di mercato assume, come presupposti condizionanti, taluni istituti giuridici: dalla proprietà privata all’efficacia vincolante dei contratti, dall’ordine interno all’esecuzione coercitiva delle sentenze. E non vediamo noi, pressochè ogni giorno, imprenditore e apostoli del mercato, uomini d’affari e di finanza, commentatori e tecnocrati, invocare obbligo di norme o emanazione di norme: un’attesa di ‘regole’, ossia di decisione politiche. Che contraddice l’asserita naturalità dell’economia?”<sup>185</sup>.

Para os defensores da economia de mercado, o Direito deve limitar-se a facilitar o livre desenvolvimento da racionalidade individual, sem intervir, salvo em situações limites como, por exemplo, nos casos dos monopólios<sup>186</sup>.

A ideologia do capitalismo hodierno faz ressonar o apelo à neutralidade, entendida esta como a estraneidade ao conflito, e, este, argumenta-se, pertence à política e não às normas econômicas, as quais são objetivas e neutras, certas e incontroversas<sup>187</sup>.

O interesse público, de profunda relevância no Estado do bem-estar social, não mais é levado em conta na ideologia da nova economia de mercado, visto que a definição de interesse público deriva de decisões de vontades políticas, e não da neutralidade e tecnicismo econômicos. Ademais, na economia de mercado privilegia-se a harmonia dos interesses individuais<sup>188</sup>.

<sup>184</sup> Como contratar, cit., p. 76.

<sup>185</sup> Economia di mercato, cit., p. 438.

<sup>186</sup> Jorge Mosset Iturraspe, Como contratar, cit., p. 77.

<sup>187</sup> Natalino Irti, Economia di mercato, cit., p. 437.

<sup>188</sup> Natalino Irti, Economia di mercato, cit., p. 438-439.

O neoliberalismo, no dizer de Carlos Alberto Gherzi<sup>189</sup>, “há barrido literalmente con los valores de la modernidad, sobre todo con los sociales, lo social, lo colectivo y al disolver aquella axiología e incorporar la etiqueta del individualismo exacerbado, ha sacralizado y coronado el *super yo*, en reemplazo del *yo* en la sociedad de este fin de siglo.

Esto también tiene conexidad con la *moralidad católica y laica*, ambas son abandonadas y entonces la sociedad posmoderna *sublima* el deseo, la felicidad, el proyecto personal, en donde no existe el sacrificio y el deber hacia el otro, las únicas virtudes son el *interés* individual y el *utilitarismo* económico”<sup>190</sup>.

Os caracteres distintivos da economia de mercado, que a diferenciam de qualquer outra ordem de produção, consistem na existência de um intercâmbio de bens e serviços de forma livre e voluntária, e a ausência de coerção arbitrária, necessária para permitir o desenvolvimento da concorrência, com a qual se garante a eficiência do mercado.

Por outro lado, não há economia de mercado, ou seja, há incompatibilidade com a ideologia da economia de mercado, quando o Estado toma decisões que conferem vantagens a alguns e desvantagens a outros; quando o Estado pretende dirigir a economia; quando o Estado mantém monopólios com o intuito de prestar bem-estar à população; e quando há a tutela de certos setores da sociedade em face de sua debilidade e vulnerabilidade<sup>191</sup>.

Enfim, caracteriza-se o capitalismo neoliberal pela exaltação do individualismo em contraste com a preocupação social do Estado do bem-estar social; pela exaltação das normas da economia de mercado que devem prevalecer sobre as normas jurídicas, uma vez que aquelas são ínsitas ao homem, ao passo que estas são criação de decisões políticas, não neutras; pela exaltação da política do *laissez faire*, onde o mercado deve autoajustar-se sem intervenção estatal; o Estado deve ser o *Estado mínimo*. Caracteriza-se, pois, pelo império das normas econômicas sobre todas as outras normas vigentes na sociedade.

<sup>189</sup> Gherzi identifica o neoliberalismo, a nova economia de mercado, como uma das decorrências da pós-modernidade (*La posmodernidad*, cit.). Da mesma forma David Harvey (*Condição*, cit., p. 115-184).

<sup>190</sup> *La posmodernidad*, cit., p. 24-25.

<sup>191</sup> Jorge Mosset Iturraspe, *Como contratar*, cit., p. 76-77.

### 7.1.2. Os novos contornos do Estado em face da ideologia da economia de mercado

O Estado tem sofrido profundas mutações ao sabor das correntes econômicas reinantes em determinados momentos históricos. Do Estado moderno, ao Estado pós-moderno, diferentes períodos se sucederam, alterando a maneira de o Estado encarar as relações econômicas e os seus efeitos na vida dos cidadãos. Cumpre, pois, analisar esse desenvolvimento estatal ao longo da história para que se possa entender o estágio atual do Estado neoliberal.

O Estado moderno costuma ser analisado mediante a distinção de duas fases: a do Estado liberal, pautado no individualismo, nas regras econômicas e na não intervenção estatal, e a do Estado social, desenvolvido após as duas Guerras Mundiais e que se caracteriza pela florescente absorção do social por parte do Estado.

O berço do Estado liberal encontra-se nas Monarquias absolutistas e na ascensão da burguesia, conforme leciona Dalmo de Abreu Dallari: “O Estado Moderno nasceu absolutista e durante alguns séculos todos os defeitos e virtudes do monarca absoluto foram confundidos com as qualidades do Estado. Isso explica por que já no século XVIII o poder público era visto como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição ao *individual* em favor do *coletivo* era tida como ilegítima. Essa foi a raiz individualista do Estado liberal. Ao mesmo tempo, a burguesia enriquecida, que já dispunha do poder econômico, preconizava a intervenção mínima do Estado na vida social, considerando a liberdade contratual um direito natural dos indivíduos”<sup>192</sup>.

“O advento do Estado liberal está intrinsecamente ligado à ascensão ao poder econômico e político da burguesia, fortalecida com o declínio da aristocracia, após o absolutismo monárquico que ajudou a construir, e que nessa segunda fase visou limitar. É precisamente na limitação do poder estatal ao mínimo necessário que o liberalismo veio a se desenvolver no plano jurídico.”<sup>193</sup>

O Estado liberal surge, assim, ancorado na ideia da conquista da liberdade, e da utilização dessa liberdade, pela revolução burguesa, e que vai atuar no intuito de diminuir o poder estatal, permitindo assim

<sup>192</sup> *Elementos*, cit., p. 233.

<sup>193</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo, *O contrato: exigências e concepções atuais*, p. 10-11.

um agir mais consistente e desprendido da burguesia, detentora do poder econômico. Prevalece a vontade livre dos particulares.

Note-se que o Estado liberal burguês encontra seu supedâneo primeiro nas ideias de liberalismo econômico de Adam Smith.

Nesse diapasão, alerta José Paschoal Rossetti que, em *A riqueza das nações*, de Adam Smith, encontram-se as bases da posição liberal. Exatamente quando as primeiras grandes inovações tecnológicas constituíam irreversíveis sintomas do fortalecimento do capitalismo industrial, Smith lançou os alicerces da teoria econômica liberal e estabeleceu os princípios fundamentais responsáveis pelo equilíbrio dos sistemas baseados na livre empresa capitalista.

“Verificou Smith que o interesse individual era a mola propulsora dos sistemas baseados na livre iniciativa e observou que os indivíduos, procurando seus próprios interesses, agiam frequentemente em benefício da própria sociedade.”<sup>194</sup>

O Estado liberal moderno fixava pois suas bases no individualismo como forma de atingir o interesse coletivo, e na minimização do Estado e na sua não intervenção nas relações individuais.

O Direito do Estado liberal consistia na proteção dos direitos dos indivíduos contra a pretensão de interferência do Estado na sua vida privada. Visava garantir a livre circulação das ideias, pessoas e bens, de maneira livre e sem interferências estatais. Garantia enfim ao cidadão o uso e respeito às suas liberdades privadas.

Todavia, a ideia liberal, ancorada na igualdade dos homens, que livremente regulariam seus interesses individuais, sem a intervenção do Estado, mostrou-se frágil e inconsistente.

O “Estado liberal criou as condições para a sua própria superação. Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao *ultra-individualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não se assegurava a ninguém o *poder* de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes”<sup>195</sup>.

<sup>194</sup> *Introdução à economia*, p. 369.

<sup>195</sup> Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos*, cit., p. 235.

O mundo assistiu a sérias injustiças praticadas em nome de uma liberdade e um individualismo que não levavam em conta a desigualdade material existente entre os homens e, especialmente após as duas grandes guerras, passou-se a sentir latente a necessidade de o Estado tutelar os interesses coletivos, que se sobreporiam aos interesses particulares. Diante dessa necessidade, assiste-se à incoação do Estado social.

“A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passa a dominar nesta fase. A sociedade atual exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia industrial (...).

Nesse contexto social, o Estado assume importância determinante. Firma-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. O Estado *guerreiro*, o Estado *político*, passaria a ser o Estado *econômico*.”<sup>196</sup>

O Estado passa a importar-se com o desenvolvimento da economia e com as relações econômicas e passa a regrá-las, preocupando-se com as questões sociais, com a justiça social, e em coibir os abusos provocados pela ideologia do *laissez faire*, reinante no Estado liberal.

O “Estado-política foi substituído pelo Estado de serviço, que emprega seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por uma intervenção decidida, algumas das consequências mais penosas da desigualdade econômica”<sup>197</sup>.

Conforme preleciona André-Noël Roth, o “Estado Social tem tido a missão de favorecer, no quadro nacional, o crescimento econômico do país e a proteção social dos indivíduos. Ele se converteu em um instrumento de transformação e de regulação sociais”<sup>198</sup>.

O direito no Estado social era tendente a orientar as condutas humanas rumo ao desenvolvimento social. Assumiu uma franca preocupação e proteção aos interesses públicos, em grau de superioridade aos interesses individuais. O direito enfim, foi o grande instrumento de intervenção estatal na busca dos intentos do Estado social, quais sejam, o desenvolvimento econômico e a proteção social dos indivíduos.

Consoante já tivemos oportunidade de analisar, o Estado social surgiu no período econômico em que o fordismo influenciava o capi-

<sup>196</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo, *O contrato*, cit., p. 11.

<sup>197</sup> Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos*, cit., p. 237.

<sup>198</sup> André-Noël Roth, *O direito em crise: fim do Estado moderno*, in José Eduardo Faria (org.), *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, p. 17.

talismo. Porém, com a derrocada do período fordista, pelas causas adrede apontadas, e com o surgimento do período pós-fordista, começa a se formatar novamente as características do Estado, voltando a atuar fortemente as correntes econômicas liberais. Abandona-se neste momento o Estado moderno e ingressa-se no Estado pós-moderno ou Estado neoliberal.

As novas diretrizes da economia mundial colocaram em crise o Estado moderno, fazendo com que as respostas fornecidas pelo Estado social não mais servissem diante da nova realidade. É André-Noël Roth quem faz o alerta: “A crise do atual Estado indica que os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação, postos em pé há um século, já não funcionam. O Estado Nacional já não está em capacidade de impor soluções, seja de um modo autoritário ou seja em negociação com os principais atores sociopolíticos nacionais, aos problemas sociais e econômicos atuais”<sup>199</sup>.

E continua o citado autor, asseverando que a principal causa dessa crise está no fenômeno da globalização, que influi na definição de políticas públicas internas de cada Estado, identificando quatro rupturas com a ordem mundial anterior.

A primeira ruptura consiste na capacidade estatal de garantir segurança aos cidadãos e integridade territorial, que restou abalada com o fim da Guerra Fria, onde havia um modelo bipolar, passando-se a um modelo multipolar complexo, que necessita de uma nova definição de alianças. A segunda encontra-se na mundialização da economia, visto que o desenvolvimento econômico em nível planetário diminui o poder de coação do Estado e impende ao fracasso qualquer tentativa isolada, por algum país, de manter uma política social, estando, pois, as políticas fiscais e intervencionistas internas limitadas pela competência econômica mundial. A terceira está na internacionalização do Estado. É que a participação dos Estados em organizações internacionais, por força da necessidade de uma gestão global de muitos problemas, influi nos processos políticos internos, obrigando o Estado a coordenar suas políticas com as de outros Estados. A quarta ruptura consiste no direito internacional que, se antes caracterizava-se por seu débil poder de coerção, agora firma-se como um princípio normativo superior que permite aos indivíduos reivindicar sua aplicação ou denunciar sua violação pelo Estado.

<sup>199</sup> In José Eduardo Faria (org.), *Direito e globalização econômica*, cit., p. 15-27.

Tais rupturas têm o condão de provocar uma perda da força da soberania e da autonomia dos Estados na formulação de políticas internas. “No plano externo, o Estado Social já não pode pretender regular a sociedade civil nacional de maneira soberana. E, no plano interno, sua ação não permite resolver a crise e aparece como impotente”<sup>200</sup>.

O neoliberalismo, desta forma, instalou-se e iniciou seu questionamento ao Estado do bem-estar.

Leciona Carlos Alberto Gherzi que a primeira investida da nova economia de mercado foi buscar a revisão total e definitiva do Estado moderno por seu superdimensionamento e sua ineficácia, que distorce o livre jogo do mercado, tratando de minimizá-lo ao máximo.

Segue Gherzi apontando as alterações promovidas pelo Estado neoliberal no Estado moderno:

“El segundo argumento fue sanear toda la legislación que a criterio ‘de quienes implementaban el ajuste’ entorpecían la plena competencia del mercado, destrabar la importación de productos, de tal forma que la economía adquiriera mayor dinamismo y conseguir insertarse así en la globalización del mercado, experiencia que ya habíamos vivido (...) y sólo sirvió para generar una avalancha de productos asiáticos de mala calidad e inservibles a las necesidades básicas insatisfechas de los estratos bajos de la población (...).

La tercera medida consistió en desmontar *el monopolio* público en el ámbito de los servicios esenciales, gas, luz, agua, electricidad, teléfonos, etc., dando paso a las famosas ‘privatizaciones’ hechas en el mayor de los casos administrativos y de corrupción de toda la historia (...), favoreciendo determinados ‘grupos económicos’ que pasaron a constituir ‘monopolios privados’ extractores de beneficios a la comunidad sin que hasta ahora haya existido una ‘cuantificable mejora’ en la prestación de los mismos.

Un abandono notorio y expreso de la ‘política social’, dejando penetrar en áreas de trascendencia a la empresa privada sin ‘controles’ verbigracia en el ámbito de la medicina o de la educación. La disminución en los presupuestos estatales para estos dos ‘servicios esenciales de inversión’, condena a una inmensa población a la marginalidad y en términos de país, implica una ‘desinversión hacia los recursos humanos’, vitales para el crecimiento y desarrollo futuro.

En el aspecto impositivo, resultan de trascendencia las reformulaciones por su impacto en la tasa de beneficio de las empresas y los

<sup>200</sup>In José Eduardo Faria (org.), *Direito e globalização econômica*, cit., p. 18-19.

salarios reales de los consumidores, se incrementa y profundiza una estructura fiscal de impuestos al consumo, totalmente regresiva, que si bien logra incrementar la recaudación, rápidamente se estancará en la ‘meseta’ y comenzará a ser insuficiente para los requerimientos del propio Estado, aun en las condiciones de achicamiento en que se pretende dejarlo.

Por último — no porque lo sea efectivamente, sino para que la enumeración no se haga tediosa — se emprende una grandiosa ofensiva contra el supuesto ‘costo argentino’<sup>201</sup> que tendría su piedra angular en los ‘derechos adquiridos por los trabajadores’, verbigracia derecho a vacaciones progresivas, indemnizaciones, etc., sin una meditación profunda sobre el tema, sin diferenciar entre la corrupción sindical y los verdaderos derechos de los obreros (...).

En suma se pretende bajar el costo argentino, atacando el salario real y pauperizando la población trabajadora, que ahora sin educación pública y salud comienza las ‘peripecias del posmodernismo’<sup>202</sup>.

O Estado moderno nasceu liberal e evoluiu para o social. Agora, o Estado pós-moderno, neoliberal, volta aos ímpetus do liberalismo, com conotações próprias, em função desse novo período histórico, que inexistiam no modernismo. Assim, visa desfazer o que o Estado social logrou alcançar. Há em consequência a privatização do Estado, a globalização da economia — e de certa forma do próprio Estado — a não intervenção do Estado na esfera privada, enfim, a redução do Estado ao seu mínimo.

A privatização, uma das características do Estado imerso na nova economia de mercado, consiste na mudança de atividades ou funções do Estado para o setor privado, e na mudança do público para o privado na produção de bens ou serviços.

A ideologia da privatização — e não certas privatizações motivadas por questões técnicas ou de má administração pública — contém em si um ataque contra a responsabilidade social, contra o Estado moderno e seu sistema de proteção e de prevenção social. É um instrumento de reformulação da estrutura estatal e não somente uma forma de descarga de trabalho<sup>203</sup>.

<sup>201</sup>Leia-se aí “custo Brasil”, uma vez que as assertivas de Gherzi, ao que nos parece, aplicam-se também no caso brasileiro.

<sup>202</sup>*La posmodernidad*, cit., p. 146-148.

<sup>203</sup>Jorge Mosset Iturraspe, *Como contratar*, cit., p. 79.

Juntamente com a privatização, anda de mãos dadas outra característica do Estado neoliberal, qual seja, a desregulamentação, ou a não intervenção, que consiste em reduzir a intervenção do Estado na esfera das relações privadas e liberar os mercados.

O intuito da privatização e da desregulamentação foi bem sintetizado por Jorge Mosset Iturraspe: “privatizar y desregular para dejar hacer a los particulares. Dejar hacer para que impere un orden natural, espontáneo, libre de coacciones y sanciones”<sup>204</sup>.

Nessa esteira, faz-se necessária a reconstrução da sociedade civil, que deve ser feita distinguindo-se-a do mercado, num sentido contrário ao que ocorrera no Estado moderno. O desenvolvimento da pessoa, a proteção ao mais fraco e às minorias, a família, são coisas da sociedade civil, que devem ser buscadas longe do mercado, que com isso não se preocupa e não se coaduna.

Por fim, a globalização, como uma das características marcantes dessa nova ordem econômica que, conforme vimos acima, constituiu-se ao mesmo tempo na principal causa das mudanças estatais neoliberais e da crise do Estado moderno.

Esta economia mundial, livre, expõe entre os Estados soberanos as mesmas mazelas que cravejam os indivíduos dentro de cada Estado: potencializa as diferenças materiais existentes, que somente podem coexistir pacificamente amparadas por uma ordem normativa superior e não na “mão invisível” da economia de mercado.

É mais uma vez Carlos Alberto Gherzi quem faz o alerta: “En los tiempos que corren la cuestión es sumamente compleja, la llamada globalización del mercado implica un desafío para los estados nacionales y las empresas, pues dados los términos de la nueva competitividad, es necesario un adecuado nivel tecnológico, estructura de costos, sistemas de transportación, que sólo los países superdesarrollados y las empresas transnacionales pueden alcanzar, relegando a los Estados del tercer mundo — algunos de ellos con apenas economías de subsistencia — a un papel intrascendente de algunas materias primas o productos de escaso valor agregado o valor internacional de venta”<sup>205</sup>.

O direito que deriva do Estado neoliberal é aquele que dá azo às pregações de tal forma estatal, ou seja, que “respeita” os ditames econômicos da não intervenção, da privatização e da globalização.

<sup>204</sup> Como contratar, cit., p. 79.

<sup>205</sup> La posmodernidad, cit., p. 151-152.

Consigna André-Noël Roth que tal direito é marcado por um retrocesso e uma deslegitimação da regulação social estatal, caracterizando-se pelo deslocamento e pela fragmentação das instâncias legitimadas a promulgar regras. A interdependência dos países causada pelo fenômeno da globalização bem como a complexidade dos *novos problemas*, como, *verbi gratia*, o meio ambiente, culminaram numa crise do direito, refletida na dificuldade do Estado de aplicar suas próprias leis e no reconhecimento do pluralismo jurídico, revestido este último na perda, por parte do Estado, do monopólio de promulgar regras, uma vez que cada Estado, em setores cada vez mais numerosos, deve levar em conta a situação internacional antes de promulgar sua legislação nacional<sup>206</sup>.

### 7.1.3. Direito e neoliberalismo — a teoria contratual e a nova *lex mercatoria*

Uma vez analisada a evolução da economia de mercado, desde o seu nascedouro com as conotações delineadas por Adam Smith, até o seu estágio hodierno, neoliberal, e uma vez tendo-se traçado paralelamente a isto as mudanças que a ideologia econômica tem acarretado nas características do Estado, mister se faz agora empreender análise também nas alterações que o direito tem sofrido em decorrência dessa evolução na economia de mercado, em especial o direito dos contratos.

Os contratos, como expressão jurídica das relações econômicas, acompanharam a evolução econômico-estatal desencadeada ao longo do período histórico moderno. Nessa esteira, pode-se distinguir a existência de três concepções contratuais: a primeira chamada de *clássica* ou *liberal*; a segunda, *moderna* ou *social*; e a terceira designada por *pós-moderna* ou *neoliberal*.

A teoria contratual *clássica* ou *liberal* teve seu berço no liberalismo econômico de Adam Smith e na concepção de Estado liberal, e traduz-se na expressão da liberdade individual ou da autonomia da vontade. É, pois, a resposta jurídica aos ideais de liberdade individual, não intervencionismo estatal e grande poder das normas econômicas.

A respeito da teoria contratual *clássica*, leciona Cláudia Lima Marques que, na “ciência jurídica do século XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do Direito (...).

<sup>206</sup> In José Eduardo Faria (org.), *Direito e globalização econômica*, cit., p. 20-21.

Nesse sentido, a função da ciência do direito era “a de proteger a vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelas partes contratantes. A tutela jurídica limita-se, nesta época, portanto, a possibilitar a estruturação pelos indivíduos de relações jurídicas próprias através dos contratos, desinteressando-se totalmente pela situação econômica e social dos contraentes e pressupondo a existência de uma igualdade e liberdade no momento de contrair a obrigação”<sup>207</sup>.

A concepção *tradicional* do contrato foi petrificada nos códigos oitocentistas, sendo esta a teoria aceita no Código Civil de 1916, e que continua a influenciar grande parte da teoria contratual.

Da autonomia da vontade, que fundamentou a teoria contratual *liberal*, decorreram alguns pilares básicos do mundo jurídico, a saber: a liberdade contratual, a força obrigatória dos contratos e os vícios do consentimento<sup>208</sup>.

A autonomia da vontade baseia-se nas premissas da igualdade e da liberdade dos indivíduos, premissas essas nas quais se pauta a *liberdade contratual*, que significa a liberdade de contratar ou não, de escolher com quem contratar, e de fixar o conteúdo do contrato, estabelecendo os seus limites, sem interferência do Estado, e com a proteção do direito. A ninguém poderia ser imposta uma contratação que não decorresse de sua autonomia da vontade.

Adverte Luís Renato Ferreira da Silva<sup>209</sup> que na liberdade de escolher o conteúdo do contrato encontra-se o elemento mais significativo e que estimulava, embora indiretamente, os mais hábeis a conseguir vantagens em detrimento dos mais inábeis, o que, segundo ele, atende, com perfeição, às leis do mercado.

Por outro lado, se o contrato é decorrência exclusiva da autonomia da vontade das pessoas; se o homem é livre para contratar ou não, bem como para estabelecer os limites da contratação; se a vontade é importante fonte das obrigações, superior até mesmo à lei<sup>210</sup>, natural que brote com toda volúpia a *força obrigatória dos contratos*, isto é, a obrigatoriedade de se cumprir aquilo que foi livremente pactuado e que passa a fazer *lei entre as partes*. O direito, por seu turno,

<sup>207</sup> Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 37-39.

<sup>208</sup> Veja-se a respeito Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 44-48.

<sup>209</sup> *Revisão dos contratos*: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor, p. 23.

<sup>210</sup> Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 47.

deve dar amparo a esta força obrigatória dos contratos, que limita a atuação jurisdicional ao que as partes estipularam, não podendo o conteúdo contratual ser revisto pelo juiz, uma vez que decorreu da livre manifestação de vontade das partes envolvidas. Somente as figuras da força maior ou do caso fortuito, ou um novo acordo de vontades, poderá desobrigar as partes.

A força obrigatória dos contratos encontra-se insculpida na máxima *pacta sunt servanda*. O contrato deve ser cumprido nos termos que foi acordado, constituindo-se numa força absolutamente vinculante entre as partes. Nas palavras de Cláudia Lima Marques, o “direito deve moldar-se à vontade, deve protegê-la e reconhecer a sua força criadora”<sup>211</sup>.

É também no dogma da autonomia da vontade que se encontra a origem dos *vícios de consentimento*. É que se a vontade das pessoas tem o condão de obrigá-las contratualmente, com as pessoas e nos termos escolhidos, sendo tal acordo de cumprimento compulsório, mister se faz que a vontade das partes seja livre, consciente e sem influências coatoras externas<sup>212</sup>.

Se a autonomia da vontade é a pedra angular do direito nesse momento histórico, se a vontade é a fonte principal das obrigações, se esta vontade uma vez externada e enlaçada com a vontade de outra pessoa torna-se de cumprimento compulsório, deve o direito zelar para que, no momento da manifestação, a vontade seja livre, consciente, e livre de pressões exteriores.

Neste aspecto, novamente preciosas as lições de Cláudia Lima Marques: “Ainda quanto às consequências do dogma da autonomia da vontade, cabe destacar que, se o consentimento viciado não obriga o indivíduo, o consentimento livre de vícios o obriga de tal maneira que, mesmo sendo o conteúdo do contrato injusto ou abusivo, não poderá ele, na visão tradicional, recorrer ao direito, a não ser em casos especialíssimos de lesão. Os motivos que levaram o indivíduo a contratar, suas expectativas originais, são irrelevantes”<sup>213</sup>.

Baseava-se a autonomia da vontade na premissa falsa da concepção formalista, da igualdade e da liberdade política, segundo a

<sup>211</sup> *Contratos*, cit., p. 47.

<sup>212</sup> Veja-se Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 47.

<sup>213</sup> *Contratos*, cit., p. 48.

qual todos os homens são livres e iguais, sem importar saber se a todos foram dadas as mesmas condições concretas de exercitarem suas liberdades<sup>214</sup>.

A concepção contratual *moderna* ou *social*, que se contrapõe à corrente *liberal*, surgiu com o advento do Estado social, no período em que o fordismo influenciava o capitalismo.

As transformações sociais e econômicas ocorridas no século XX tornaram inadequada a concepção tradicional do contrato, máxime pela supressão daquelas premissas que a sustentavam em virtude do surgimento do fenômeno da sociedade de massas.

O contrato liberal exerceu uma função individual, em conformidade com a ideologia do liberalismo. Nesse aspecto, lembra Fernando Noronha que o “Estado liberal era a forma política de uma sociedade visceralmente individualista”<sup>215</sup>. Todavia, com a evolução do Estado, o contrato necessitou passar por uma reestruturação, a fim de adequar-se aos novos ditames do Estado social, passando também ele a exercer uma função social.

Foi efetivamente com o advento da massificação da sociedade que se fez notar a necessidade de uma reestruturação da teoria contratual. O “contrato tradicional ainda continuou, por algum tempo mais, atendendo satisfatoriamente as necessidades sociais. Só quando o fenômeno da *massificação* chegou ao campo jurídico é que se sentiu a necessidade de rever concepções”<sup>216</sup>.

A partir do século XIX, a Revolução Industrial, e mais tarde o fordismo como modelo de produção, deram início a profundas alterações políticas e jurídicas, engendrando determinados fenômenos, dentre os quais se destacam a urbanização e a concentração capitalista. Decorreu a primeira do crescimento populacional e da migração da população do campo para as cidades, em busca de melhores condições de vida; a segunda nasceu do aprimoramento das formas de produção e da concorrência econômica que propiciou uma melhora nas condições de produção e distribuição.

Como decorrência disso, surgiu a *massificação* da sociedade, em suas várias facetas: a “massificação nas cidades, transformadas em

<sup>214</sup>Veja-se a respeito Fernando Noronha. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, cit., p. 64.

<sup>215</sup>*O direito*, cit., p. 69.

<sup>216</sup>Fernando Noronha, *O direito*, cit., p. 69.

gigantescas colmeias; nas fábricas, com a produção em série; nas comunicações, com os jornais, o rádio e a televisão; nas relações de trabalho, com as convenções coletivas; na responsabilidade civil, com a obrigação de indenizar imposta a pessoas componentes de grupos, por atos de membro não identificado (...); nas relações de consumo, finalmente, com os contratos padronizados e de adesão e até com as convenções coletivas de consumo (...)”<sup>217</sup>.

No contrato tradicional, havia uma relação jurídica estabelecida entre dois indivíduos livres e iguais formalmente; era um indivíduo contratando com outro indivíduo. No contrato moderno, o indivíduo dá lugar aos grupos. A vontade individual perde lugar para a vontade do grupo ou do Estado<sup>218</sup>. Há, em decorrência da massificação da sociedade, uma despersonalização na contratação moderna.

Observa Cláudia Lima Marques que na “sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores. Dentre as técnicas de conclusão e disciplina dos chamados *contratos de massa*, destacaremos, [...] os *contratos de adesão*<sup>219</sup> e as *condições gerais dos contratos ou cláusulas gerais contratuais*”<sup>220</sup><sup>221</sup>.

No mesmo sentido, explica Paulo Luiz Netto Lôbo que as “relações massificadas ou anônimas que se realizam através de *tickets*, bilhetes, bônus, etc., tendem à automatização. A automatização não se enquadra no esquema tradicional do contrato (...)”<sup>222</sup>.

Se estas novas técnicas de contratação são por um lado indispensáveis ao moderno sistema de produção e distribuição em massa, tra-

<sup>217</sup>Fernando Noronha, *O direito*, cit., p. 71.

<sup>218</sup>Paulo Luiz Netto Lôbo, *O contrato*, cit., p. 18.

<sup>219</sup>“Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito” (Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 53-54).

<sup>220</sup>“Entende-se como contratos submetidos a *condições gerais* aqueles contratos, escritos ou não escritos, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas pré-elaboradas pelo fornecedor, unilateral e uniformemente para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico” (Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 59).

<sup>221</sup>*Contratos*, cit., p. 49.

<sup>222</sup>*O contrato*, cit., p. 21.

duzindo-se em inúmeras vantagens às empresas por força da agilidade e segurança que conferem, por outro lado constituem-se em um verdadeiro perigo ao consumidor, que é a parte hipossuficiente da relação contratual<sup>223</sup>.

Notou-se que, sob o manto do liberalismo, as rédeas mercadológicas favoreciam os grupos economicamente mais fortes, isto é, em vez de a liberdade ser exercida em pé de igualdade pelos indivíduos, alguns, economicamente mais fortes, eram privilegiados e dominavam a relação. A igualdade era somente formal, visto que os indivíduos eram colocados pelo ordenamento jurídico como *iguais*, porém, a igualdade material nunca existiu, porque os homens não são iguais na sua essência, e isto resultou por provocar sérias disparidades nos negócios privados.

Diante do surgimento das novas figuras contratuais, como a do contrato de adesão, por exemplo, observou Cláudia Lima Marques que em “muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contraentes (...) desmentindo a ideia de que assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual”<sup>224</sup>.

Por força dessa constatação, inicia-se “uma tentativa de mitigar estas diferenças que despontam por ocasião da formação do contrato estreitando o campo de atuação da autonomia da vontade. São estabelecidas limitações quanto à escolha do cocontratante. Servem de exemplo os casos em que há no mercado um determinado monopólio. Nestas circunstâncias, obriga-se o detentor a aceitar os contratantes sob pena de negar-se a estes acesso a certos e determinados bens que são, de alguma forma, essenciais. Também minora-se o poder de contratar quando se cria a obrigação da renovação do contrato”<sup>225</sup>.

O direito do Estado social é um direito que sucumbe ao interesse coletivo, que protege o hipossuficiente, que rompe, enfim, com o individualismo do Estado liberal. Nesse diapasão, o contrato, na concepção social, privilegia o princípio da ordem pública em detrimento da autonomia da vontade. Daí defender a doutrina a substituição da *au-*

<sup>223</sup> Ver Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 53.

<sup>224</sup> *Contratos*, cit., p. 84.

<sup>225</sup> Luís Renato Ferreira da Silva, *Revisão*, cit., p. 29.

*onomia da vontade* pela *autonomia privada*, sendo esta a possibilidade conferida aos particulares de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em contraposição àquela, que consistia na liberdade absoluta dos indivíduos para decidirem-se por contratar ou não, com quem contratar e o que contratar<sup>226</sup>. Nas palavras de Luís Renato Ferreira da Silva, a autonomia da vontade, de “um poder puro passou a ser adjetivada como um poder-função”, visto que a “liberdade do indivíduo remanesce, mas os limites dela são o círculo social que tem finalidades coletivas que extrapolam o individual”<sup>227 e 228</sup>.

Ao lado da *autonomia privada*, a *justiça contratual* e a *boa-fé contratual* passam a configurar princípios dos contratos modernos<sup>229</sup>.

A justiça contratual, nas palavras de Fernando Noronha, “traduz precisamente a ideia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual. E, dentro dos contratos, o seu campo de eleição é, naturalmente, o *contrato comutativo*, que é aquele que pressupõe uma relação de equivalência entre prestação e contraprestação — e que, de resto, constitui a mais importante categoria contratual da vida real, e a mais comum”. Alerta ainda o citado autor que o “equilíbrio entre compromissos assumidos e benefícios esperados, que interessa ao princípio da justiça contratual, não deve ser medido pela avaliação das partes e, sim, de acordo com um critério objetivo (justiça substancial objetiva)”<sup>230</sup>.

Por *boa-fé* entende-se o dever que têm as partes de agir dentro de certos padrões esperados de correção e lealdade. É o “dever de agir conforme determinados padrões de honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte”<sup>231</sup>. Como bem observou Clóvis V. do Couto e Silva, a *boa-fé* objetiva consiste no “dever de levar em conta o interesse da outra parte”<sup>232</sup>. No dizer de Cláudia Lima Marques, “significa (...) uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo,

<sup>226</sup> Fernando Noronha, *O direito*, cit., p. 111-116.

<sup>227</sup> *Revisão*, cit., p. 31.

<sup>228</sup> Nesse sentido, o novo Código Civil brasileiro reza, em seu art. 421, que a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

<sup>229</sup> Ver por todos Fernando Noronha, *O direito*, cit., p. 99-110.

<sup>230</sup> Fernando Noronha, *O direito*, cit., p. 215-225.

<sup>231</sup> Agathe E. Schmidt da Silva. Cláusula geral de *boa-fé* nos contratos de consumo, *Revista da Ajuris*, n. 67, p. 143.

<sup>232</sup> *A obrigação como processo*, p. 30.

pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”<sup>233</sup>.

Não se deve entretanto confundir a boa-fé objetiva, que consiste no dever de lealdade, de cooperação, entre as partes contratantes, e o qual consiste em um princípio contratual, com a boa-fé subjetiva, que é o estado de ignorância, o estado negativo de consciência, em relação a determinada situação jurídica que se apresenta, capaz de lesar direitos de outrem<sup>234</sup>.

No mundo contratual, a boa-fé objetiva tem atuado em três distintas funções: como *elemento hermenêutico-integrativo*, devendo a boa-fé ser utilizada como elemento de interpretação dos contratos e também como norte orientador a guiar o juiz na função de integração dos contratos<sup>235</sup>; como *instituto criador de deveres jurídicos*, atuando, neste aspecto, na criação de deveres jurídicos para as partes, deveres

<sup>233</sup> *Contratos*, cit., p. 107.

<sup>234</sup> Ver Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, p. 410-427, e Agathe E. Schmidt da Silva, *Cláusula geral*, cit., p. 143.

<sup>235</sup> Neste aspecto, esclarece Fernando Noronha que a “regra segundo a qual os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé (...) tem dois desdobramentos: primeiro, os contratos (e os negócios jurídicos unilaterais) devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo, salvo quando o destinatário da declaração conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-la, se agisse com razoável diligência; segundo, quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, dever-se-á preferir o significado que a boa-fé aponte como mais razoável. (...) Comportando uma cláusula diversos sentidos possíveis, na dúvida a interpretação deve favorecer o sentido que assegure a preservação do contrato, ou do negócio jurídico unilateral (...). Havendo dúvida quanto ao significado da cláusula, será ela interpretada no sentido mais favorável à parte que assume obrigações (...). Havendo dúvida quanto ao significado de cláusula predisposta por uma das partes, a interpretação deve ser no sentido menos favorável a quem a redigiu (...)” (*O direito*, cit., p. 152-156).

Leciona ainda Judith Martins-Costa que os “passos essenciais à plena realização desta técnica hermenêutica se iniciam com a constatação de que, na interpretação das normas contratuais, deve cuidar o juiz de considerá-las como um *conjunto significativo*, partindo, para tal escopo, do complexo contratual concretamente presente (...). Por esta deve ser compreendido, neste específico campo funcional, o mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar” (*A boa-fé*, cit., p. 430-432).

esses chamados secundários, anexos ou instrumentais, relacionados com a lealdade de tratamento e o respeito à esfera jurídica alheia<sup>236</sup>; e como *norma de limitação do exercício dos direitos subjetivos*, estabelecendo, neste aspecto, a impossibilidade de o titular do direito subjetivo exercer tal direito com rompimento dos deveres de cooperação e lealdade impostos pela boa-fé, isto é, impossibilidade de agir com abuso de direito<sup>237</sup>.

O conceito social de contrato, enfim, opondo-se à concepção liberal, substitui a ideia de autonomia da vontade absoluta pela ideia de equidade e de justiça, passando a haver cada vez mais uma intervenção estatal limitadora da vontade das partes na abrangência do negócio jurídico, cujo intuito é o de fazer prevalecer o interesse da coletividade sobre o interesse individual.

Entretanto, o contrato entra hodiernamente em uma nova crise, identificada como a crise da pós-modernidade. Cláudia Lima Marques aventa que com “a sociedade de consumo massificada e seu individualismo crescente nasce também uma crise sociológica, denominada por muitos de pós-moderna”<sup>238</sup>. Estamos numa época de mudanças legislativas, políticas e sociais que se caracterizam por uma ruptura com a era moderna, e seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, engendrados na Revolução Francesa, e que não se fizeram sentir para todos, e mostram-se hoje inatingíveis por completo.

<sup>236</sup> Clóvis V. do Couto e Silva, *A obrigação*, cit., p. 35.

Leciona Judith Martins-Costa, com supedâneo em Julio de Almeida Costa, que tais deveres instrumentais “são derivados ou de cláusula contratual, ou de dispositivo da lei *ad hoc* ou da incidência da boa-fé objetiva. Podem situar-se autonomamente em relação à prestação principal, sendo ditos ‘avoluntarísticos’ nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes. São ditos, geralmente, ‘deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses’, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor. Entre os deveres com tais características encontram-se, exemplificativamente: a) os *deveres de cuidado, previdência e segurança* (...); b) os *deveres de aviso e esclarecimento* (...); c) os *deveres de informação* (...); d) o *dever de prestar contas* (...); e) os *deveres de colaboração e cooperação* (...); f) os *deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte* (...); g) os *deveres de omissão e de segredo* (...) etc.” (*A boa-fé*, cit., p. 438-439).

<sup>237</sup> “Sob esta ótica, apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida” (Judith Martins-Costa, *A boa-fé*, cit., p. 457).

<sup>238</sup> *Contratos*, cit., p. 89.

Vê-se um ceticismo em relação às ciências como capazes de dar respostas aos problemas da vida. Desconfia-se da capacidade do direito em organizar as sociedades democráticas em virtude da exclusão social e dos demais efeitos perversos causados pela atual economia de mercado, caracterizada por um capitalismo neoliberal. Há também uma mudança no estilo de vida pela valorização dos bens imateriais, da hegemonia dos contratos de fazer em relação aos de dar etc.

É a crise do Estado do bem-estar social, como observa Cláudia Lima Marques: “É também a realidade da substituição do Estado pelas empresas particulares, de privatizações, do neoliberalismo, de terceirizações, de comunicação irrestrita, de informatização e de um neoconservadorismo. Realidade de acumulação de bens não materiais, de desemprego massivo, de ceticismo sobre o geral, de um individualismo necessário, da coexistência de muitas metanarrativas simultâneas e contraditórias. Realidade da perda dos valores modernos, esculpidos pela revolução burguesa e substituídos por uma ética meramente discursiva e argumentativa, de legitimação pela linguagem, pelo consenso momentâneo e não mais pela lógica, pela razão ou somente pelos valores que apresenta. É uma época de vazio, de individualismo nas soluções e de insegurança jurídica, onde as antinomias são inevitáveis e a desregulamentação do sistema convive com um pluralismo de fontes legislativas e uma forte internacionalidade das relações. É a condição pós-moderna que, com a pós-industrialização e a globalização das economias, já atinge a América Latina e tem reflexos importantes na ciência do direito”<sup>239</sup>.

A pós-modernidade ainda não solidificou suas características, ainda não amadureceu, de maneira que em alguns momentos identifica-se com um retorno do liberalismo, ao pregar o afastamento do Estado, como, por exemplo, nas privatizações ou no exagerado apego à autonomia da vontade, pretendendo deixar livre o mercado, sem intervenções, e, em outros momentos, aventa resquícios do Estado social, pretendendo a valorização dos direitos humanos e a tutela dos débeis. Pode-se dizer que, de certa forma, o contrato pós-moderno mistura características dos seus antecessores modernos.

Há uma fase de insegurança conceitual e fática. De um lado, a pós-modernidade defende o sepultamento do Estado social resgatan-

<sup>239</sup> *Contratos*, cit., p. 92.

do a não intervenção estatal, sob o argumento de que acarreta uma insegurança legal, e, de outro, fomenta uma cerrada regulamentação a fim de evitar os abusos decorrentes das liberdades econômicas, passando a impor um controle no mercado em relação aos contratos socialmente mais importantes.

Busca-se novamente a vontade como fonte de legitimação, uma *vontade racional* que visa proteger o hipossuficiente, positiva no caso do consumidor, mas que se radicalizada pode chegar ao ponto de afastar a legitimidade do Judiciário para a resolução das lides, como, *verbi gratia*, no caso da arbitragem. Essa liberdade, por vezes radicalizada, pode conter também em seu bojo um discurso neoliberal da economia, que leva a aceitar a exclusão social de muitos diante de uma posição passiva do Estado diante da força da economia de mercado.

“Sendo assim, em tempos pós-modernos é necessária uma visão crítica do direito tradicional, é necessária uma reação da ciência do direito, impondo uma nova valorização dos princípios, dos valores de Justiça e equidade e, principalmente, no direito civil, do princípio da boa-fé objetiva, como paradigma limitador da autonomia da vontade. Caso contrário, o próprio direito brasileiro ao privilegiar os mais fortes levará à opressão e exclusão dos mais fracos na sociedade. A crise atual leva a pensar na necessidade de proteção da vontade do consumidor, como ideal utópico remanescente da metanarrativa da modernidade, de tratamento desigual aos desiguais. (...) A liberdade do consumidor é que deve ser protegida, sua autonomia de vontade, racional e efetiva. São tempos de relações contratuais múltiplas, despersonalizadas e a durar no tempo (...)”<sup>240</sup>

Nessa esteira, o direito deve apresentar-se como um instrumento de organização social justa e equilibrada, como um instrumento de equidade e inclusão social, em contraste absoluto ao abuso do poder econômico. Deve o direito apresentar-se como um meio de contenção dos abusos e da exclusão causadas pela economia de mercado, e não como um servo desta, a teor do que defendem alguns.

Vê-se o renascimento da autonomia da vontade, porém protegida, com o intuito de garantir a proteção da vontade dos mais fracos, como os consumidores, isto é, garantir a correta manifestação da vontade dos mais fracos. O objetivo é garantir uma autonomia real da

<sup>240</sup> Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 99-100.

vontade da parte mais fraca da relação contratual, uma vontade protegida pelo direito, colocada a salvo das pressões mercadológicas e dos métodos agressivos de venda.

Esta nova autonomia da vontade busca a liberdade contratual de ambos os contratantes, materialmente desiguais, e não somente de um deles, que é o que ocorreria caso não houvesse uma proteção do hipossuficiente por parte do direito. Os novos direitos dos consumidores como o direito à informação, à reflexão e ao arrependimento, vêm ao encontro dessa autonomia da vontade protegida<sup>241</sup>.

O típico contrato pós-moderno é o *contrato cativo de longa duração*, que consiste na relação contratual que se utiliza dos métodos de contratação em massa para o fornecimento de serviços especiais, criando relações complexas e de longa duração, “envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores”<sup>242</sup>. Resgatam tais contratos a personalidade das relações, consoante observou Cláudia Lima Marques<sup>243</sup>.

Se por um lado a pós-modernidade contratual é a busca da vontade protegida, real, do contratante desprivilegiado na relação, por outro é a volta do liberalismo, da supremacia das regras da economia de mercado.

Leciona Jorge Mosset Iturraspe que a “‘privatización’ del mercado, la puesta en manos de los particulares del ‘hacer en el intercambio’, y por ende en la contratación, significa tanto la superación del dogmatismo jurídico del siglo XIX que consagra el Código Napoleón y pasa al Código de Vélez, como la superación del ‘humanismo solidarista’ del siglo XX, superación no en sentido de ‘mejoramiento’ de la regulación social en beneficio de las personas, sino con el alcance de ‘dejar atrás’. Se podría aludir a un retorno: del Estado liberal ao Esta-

<sup>241</sup> Ver Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 97.

Nessa esteira de acontecimentos é que surge o Código de Defesa do Consumidor, como resposta do direito a essas novas necessidades, vislumbrando a proteção da vontade da parte débil nas relações de consumo, sendo, pois, um instrumento de limitação da autonomia da vontade, de relativização da força obrigatória dos contratos, e de proteção da confiança e dos interesses legítimos, reconhecido o princípio da vulnerabilidade do consumidor (Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 117-133, e Paulo Valério Dal Pai Moraes, *Código de Defesa do Consumidor*, cit.).

<sup>242</sup> Cláudia Lima Marques, *Contratos*, cit., p. 68.

<sup>243</sup> *Contratos*, cit., p. 125. Com entendimento contrário Carlos Alberto Ghersi, *La posmodernidad*, cit., p. 45-70.

do social o benefactor y de éste, otra vez, a un modelo liberal; empero, el ‘control social’ no es el mismo: se ha pasado de la concepción ‘represiva’ a la ‘promocional’ y luego al ‘dejar hacer’”<sup>244</sup>.

Esta nova visão da economia de mercado pretende a volta absoluta do privado na autorregulamentação das suas vontades, sem intervenção estatal. A privatização do Estado, nesse sentido, significa a privatização do contrato. O direito não deve impor limites à contratação; tais limites devem ser apenas os da ordem econômica, que é natural, ínsita ao ser humano. Busca-se substituir a legislação estatal pela nova *lex mercatoria*, que traduz os usos e costumes da comunidade internacional de comerciantes, consistindo em uma lei sem fronteiras, fruto de um mercado globalizado, “sem Estado”, e sem um *direito de autoridade*, mas, sim, um direito que *deixa fazer*<sup>245</sup>.

## 7.2. Atuação notarial numa economia de mercado

Feita uma análise perfunctória a respeito da evolução da economia de mercado ao longo da história, bem como da evolução do Estado, e as consequências que tais alterações acarretaram no mundo jurídico, em especial no mundo contratual, mister se faz agora empreender análise a respeito de como respondeu a função notarial a tal processo evolutivo.

Como nasceu a função notarial e como se portou diante da passagem do Estado moderno e, principalmente, como deve desenvolver-se e como deve responder diante do advento da pós-modernidade. É o que se pretende buscar responder.

Como vimos, a história do notariado confunde-se com a história do direito e da própria sociedade, residindo, aí, a sua beleza e importância.

Através dos tempos, os notários têm relatado, por seus atos documentados, a evolução do direito e da humanidade, registrando na história os grandes acontecimentos.

<sup>244</sup> *Como contratar*, cit., p. 89.

<sup>245</sup> Ver por todos Jorge Mosset Iturraspe, *Como contratar*, cit., p. 112-116.

Nessa defesa da supremacia da nova *lex mercatoria*, defende-se mesmo a sua autonomia diante do direito, que deve respeitá-la e não pretender regrá-la (ver Suzan Lee Zaragoza de Rovira, Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos, in João Grandino Rodas (coord.), *Contratos internacionais*, p. 68-71).

Desde os tempos mais remotos, a sociedade já sentia a necessidade de meios para fixar e perpetuar os seus convênios, surgindo daí os encarregados de redigir os contratos, não obstante a pluralidade de denominações e o maior ou menor grau de limitação no desempenho da função<sup>246</sup>.

Na civilização egípcia, consoante já analisamos, encontra-se o mais prisco antepassado do notário, qual seja, o escriba<sup>247</sup>.

Os escribas pertenciam às categorias de funcionários mais privilegiadas e lhes era atribuída uma preparação cultural especialíssima; por isso, os cargos recebiam o tratamento de propriedade privada e, por vezes, se transmitiam em linha de sucessão hereditária<sup>248</sup>. Eram eles que redigiam os atos jurídicos para o monarca, bem como atendiam e anotavam todas as atividades privadas. No entanto, como não eram possuidores de fé pública, havia a necessidade de que os documentos por eles redigidos fossem homologados por autoridade superior, a fim de alcançar valor probatório.

O povo hebreu também teve seus escribas. Segundo Antonio Augusto Firmo da Silva, no direito hebreu existiam o escriba da lei, o escriba do povo, o escriba do rei e o escriba do Estado<sup>249</sup>.

<sup>246</sup> Antonio Augusto Firmo da Silva, *Compêndio*, cit., p. 19.

<sup>247</sup> Cláudio Martins, em posição isolada, sustenta ser anterior a origem do notário, ao assim se manifestar:

“Sem dúvida, as raízes do notariado estão mergulhadas em época bem mais prístina”.

Depois passa a citar qual é a origem do notariado no seu entender: “Bem cedo, por força da lei das necessidades crescentes, o relacionamento social se tornou mais exigente, sobretudo no que se referia aos assuntos de trocas ou de mercado, esboço de economia fechada. E foi preciso disciplinar esse relacionamento em ascensão através de interpostas pessoas, na hipótese, pela confiança que inspiravam, os sacerdotes (...).”

Como ainda não existia a escrita, os negócios eram igualmente memorizados pelo sacerdote memorista, cuja integridade se fazia, assim, a única garantia do cumprimento das relações negociais.

O memorista foi, portanto, o primeiro indivíduo a exercer, embora rudimentarmente, a função notarial” (*Direito notarial*, cit., p. 47-48).

<sup>248</sup> Alberto Bittencourt Cotrim Neto, *Perspectivas*, cit., p. 10; e Notariado I, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 55, p. 1.

<sup>249</sup> Leciona Antonio Augusto Firmo da Silva que o escriba da lei desempenhava o mister de interpretar a lei; o escriba do povo redigia pactos e convênios; ao escriba do rei incumbia autenticar atos e resoluções monárquicas; e ao escriba do Estado cabia exercer funções do Conselho de Estado e colaborar com os Tribunais de Justiça (*Compêndio*, cit., p. 14).

Também os escribas hebreus eram possuidores de uma preparação cultural especial, gozando de grande prestígio, sendo os escribas da lei e do povo, no dizer de João Mendes de Almeida Júnior<sup>250</sup>, revestidos de caráter sacerdotal.

As sagradas escrituras bem dão notas desta situação, quando no livro de Esdras, Capítulo VII, versículo 6, diz: “Esdras, portanto, que era um escriba muito hábil na lei de Moisés, que o Senhor Deus tinha dado a Israel voltou de Babilônia. O rei concedeu-lhe tudo o que ele pediu, porque a mão do Senhor seu Deus era com ele”; e no Versículo 11: “Esta é, pois, a cópia da carta em forma de edito, que o rei Artaxerxes deu a Esdras sacerdote, escriba instruído nas palavras e nos preceitos do Senhor, e nas cerimônias que ele prescreveu a Israel”.

Dentre os escribas hebreus, o que mais se assemelhava ao notário, por redigir contratos estando vinculado à atividade privada, era o escriba do povo.

Note-se que estes ancestrais do atual tabelião eram somente redatores, faltando-lhes, porém, a fé pública, o poder de autenticar o que redigiam, fato pelo qual sua função não se equipara ao conceito atual da função notarial, no entanto, a ela se aproxima.

Também na Grécia existiam oficiais públicos cuja função, a de lavrar os atos e contratos dos particulares, se assemelha à função notarial. Tais funcionários denominavam-se *mnemons*<sup>251</sup>.

Sua importância era reconhecida e foi crescendo conforme o desenvolvimento da vida civil grega, de tal sorte que Aristóteles referia-se aos *mnemons*, afirmando que existiam em todos os povos civilizados e que eram necessários numa cidade bem organizada<sup>252</sup>.

<sup>250</sup> *Órgãos da fé pública*, cit., p. 7.

<sup>251</sup> Cláudio Martins, *Teoria e prática*, cit., p. 6.

Segundo João Mendes de Almeida Júnior, com apoio em Aristóteles, outros funcionários públicos faziam parte da estrutura administrativa e judiciária da Grécia, além dos *mnemons*: os *epistates*, cuja função era a de escrever os atos do processo judicial, e os *hieromnemons*, que tinham a incumbência de guardar e conservar os documentos públicos e particulares (*Órgãos da fé pública*, cit., p. 16).

Com efeito, assinala o filósofo Aristóteles: “Há também um funcionário para receber os contratos privados, escrever os julgamentos dos tribunais e também redigir as petições e citações em justiça. Este cargo é em alguns lugares dividido em várias partes, mas há um titular de que dependem todos os demais. São chamados de *hieromnérôn*s, arquivistas, secretários ou qualquer outro nome semelhante” (*A política*, cit., III, X, 118).

<sup>252</sup> João Mendes de Almeida Júnior, *Órgãos da fé pública*, cit., p. 16; Antonio Augusto Firmo da Silva, *Compêndio*, cit., p. 15.

Como ensina João Mendes de Almeida Júnior, “em todos os países onde dominou a civilização helênica, observa-se a existência de notários, incumbidos de dar aos contratos o seu testemunho qualificado”<sup>253</sup>, e assim também o foi na Grécia.

Uma análise etimológica da palavra *mnemons* revela a essência do notariado grego, qual seja, a guarda e a lembrança dos contratos, isto é, a preconstituição de prova.

O povo romano, no seu início, dispensava o documento escrito. A lei natural e a boa-fé imperavam soberbas e, assim, a palavra dos cidadãos fazia fé em juízo.

Entretanto, com a expansão do povo romano e a consequente multiplicação das relações civis, foram surgindo os vícios, esgaçando a boa-fé que reinava, engendrando a necessidade de se dar vigor aos contratos, registrando-os em documentos escritos, como forma de guardar a palavra.

Com este intuito, surgiram oficiais dos mais variados matizes, dentre os quais os *notarii*, os *argentarii*, os *tabularii* e os *tabelliones*.

Aos *tabelliones*, porém, remonta o verdadeiro precursor do notário moderno. Eram eles encarregados de lavrar, a pedido das partes, os contratos, testamentos e convênios entre particulares. Intervinha o *tabellion*, ou *tabellio*, nos negócios privados com notável aptidão como redator, assessorando as partes embora fosse imperito no direito<sup>254</sup>, além do que, propiciava uma eficaz conservação dos documentos<sup>255</sup>.

Os *tabelliones* eram pessoas livres, ao contrário dos *tabularii*, que eram escravos do público.

Leciona João Mendes de Almeida Júnior, com supedâneo em Cujaccio e Perezio, que os imperadores Arcádio e Honório nobilitaram o tabelionato “colocando-o entre os ofícios municipais e, à semelhança destes, devia ser exercido gratuitamente por todo o cidadão inteligente, probo e honesto”<sup>256</sup>.

Encontra-se, como vemos, no *tabellion*, o antecessor do notário de hoje, de acordo com a interpretação característica do notariado de tipo latino.

<sup>253</sup> Órgãos da fé pública, cit., p. 16.

<sup>254</sup> João Mendes de Almeida Júnior, Órgãos da fé pública, cit., p. 22.

Posição contrária é a de Antonio Augusto Firmo da Silva ao afirmar com base em Pondé que os *tabelliones* tinham “conhecimento do direito, o que lhes permitia agir como assessor jurídico” (*Compêndio*, cit., p. 18).

<sup>255</sup> Antonio Augusto Firmo da Silva, *Compêndio*, cit., p. 18.

<sup>256</sup> Órgãos da fé pública, cit., p. 23.

Depreende-se da evolução histórica do notariado que se trata de uma instituição pré-jurídica, que teve sua incoação e desenvolvimentos decretados pela necessidade social, e não por uma criação jurídica decorrente do meio acadêmico ou legislativo. Nesse sentido, sábias as palavras de Ramón Fraguas: “No fueron los reyes, ni las cortes, ni los señores, los creadores del notariado. El notario surge del seno de la sociedad y al ‘servicio de la sociedad’, para cubrir un vacío”<sup>257</sup>.

Assinala o mesmo Ramón Fraguas<sup>258</sup> que, na história medieval, surgiram várias classes de notários, criados por certas autoridades, e que agiam a serviço da autoridade ou poder que os criara. Porém, paralelamente a eles, desenvolveram-se os notários das vilas e das cidades, que agiam a serviço de todos sem distinção, de maneira independente e que, por isso mesmo, conquistaram a confiança de todos e impuseram-se à frente das outras classes, fazendo com que desaparecessem. Surge assim o *notário público*, com a característica da imparcialidade.

Da mesma forma que a *instituição notarial* é pré-jurídica, nasceu no seio da sociedade com o intuito de suprir necessidades de certeza e segurança reclamadas, igualmente o é a fé pública notarial. É que os notários públicos, que conquistaram a confiança da sociedade, tinham, além da imparcialidade, outra característica fundamental, qual seja, a de serem verdadeiros, de exprimirem as realidades dos acontecimentos. “Y fue la sociedad la que calificó de auténtico e indiscutible al documento redactado y firmado por el notario, y a todas las manifestaciones que en él se contenían, cuya veracidad afirmaba el autorizante. La sociedad ‘concedió fe’, invistió de fe al documento notarial. Otra cosa es que, posteriormente, las leyes consagrasen y recogiesen en sus textos esa fe notarial preexistente”<sup>259</sup>.

Desse surgimento histórico, como meramente redator e com caráter autenticante, de tornar crível o que afirmasse correr em sua presença, evoluiu o notariado, diante do aumento da complexidade da vida jurídica, para tornar-se um profissional do direito, que, além de redigir os devidos instrumentos jurídicos com fé pública, conhece o direito, faz uma qualificação jurídica dos atos que realiza e assessora jurídica e imparcialmente as partes envolvidas no negócio jurídico.

<sup>257</sup> El valor social de la institución notarial en nuestros días, *Revista Internacional del Notariado*, n. 77, p. 202.

<sup>258</sup> El valor social, cit., p. 203.

<sup>259</sup> Ramón Fraguas, El valor social, cit., p. 203-204.

Chega-se, pois, à figura atual do notário do tipo latino<sup>260</sup>, como um profissional do direito, a quem é delegado o exercício da função pública notarial, imparcial e dotado de fé pública. Aliás, em solo brasileiro, tal conceituação encontra-se insculpida no art. 3º da Lei n. 8.935/94: “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”.

A função notarial, ou seja, a função exercida em caráter privativo pelo notário na consecução dos atos notariais, é dotada hodiernamente de alguns princípios fundamentais que, ao mesmo tempo que delineiam a atividade notarial, a diferenciam da atuação de qualquer outro profissional do direito. Nesse diapasão, tem-se como importantes princípios da função notarial o da imparcialidade, o jurídico, o cautelar e o público, já estudados neste capítulo.

Do caráter jurídico da função notarial decorre, antes de mais nada, que o tabelião é um profissional do direito; é bacharel em direito, aprovado em concurso público de provas e títulos que exige alta capacitação técnica; é, pois, profissional habilitado a tratar com questões de alta indagação jurídica com extrema competência. Não se concebe mais notários meramente redatores, como já o foram quando da sua incoação, mas a sociedade hodierna, com suas relações de alta complexidade, reclama notários assessores jurídicos das partes, verdadeiros juristas. Neste sentido, observou Santiago Raúl Deimundo que “nuestra sociedad actual requiere mucho más que escribas documentadores. Reclama, sobre todo, juristas consejeros frente a la necesidad de una cada vez más seguridad hipertrofiada, libre de ambigüedades, imprecisiones e incertidumbres”<sup>261</sup>.

Decorre também do citado aspecto que a função notarial é uma atividade jurídica. O tabelião recebe uma situação econômica ou moral levada pelas partes e a qualifica (conceitua e classifica) juridicamente, moldando-a de acordo com o direito. Deve o notário ser um assessor jurídico das partes, orientando-as juridicamente acerca do regramento pertinente aos atos que pretendem celebrar, bem como

<sup>260</sup> A expressão *notariado do tipo latino*, embora possa induzir em erro, serve para identificar o notariado adotado em países de origem latina, que adotam o direito romano-germânico, e que assumiu determinadas características consideradas como ideais para o notariado.

<sup>261</sup> *Pensamiento*, cit., p. 97.

acerca das consequências jurídicas de tais atos, a fim de garantir a certeza e segurança jurídicas *a priori*, zelando pela criação de atos jurídicos perfeitos, prevenindo litígios.

Nesse mister jurídico, o notário exerce a polícia jurídica dos atos que pratica, que se bifurca em dois aspectos relevantes: o primeiro revela o dever do notário de desempenhar sua função conforme os ditames do ordenamento jurídico, conforme o direito, não podendo ser o sustentáculo de atos ilícitos, devendo, na confecção de seus atos, zelar pela correta aplicação do ordenamento jurídico, não podendo acatar, portanto, pedidos de atos que contenham em seu bojo alguma contrariedade ao direito, como uma cláusula abusiva, por exemplo, devendo, igualmente, conforme já asseveramos, ser um assessor jurídico das partes, explicando o alcance jurídico dos atos realizados; o segundo revela o dever de o notário zelar pela correta autonomia da vontade, assegurando a livre manifestação da vontade das partes, livre de vícios e de pressões, devendo, pois, o notário buscar a manifestação da vontade real das partes, cultuada pela pós-modernidade, conforme vimos acima.

A imparcialidade do notário reza que deve ele conduzir sua atividade com igualdade e equidistância no tratamento com as partes envolvidas no ato jurídico; deve ele ser imparcial e tratar a todos com igualdade. Importa aqui ressaltar que o notário não defende seus clientes, como o faz o advogado, mas defende, sim, o ato jurídico a ser praticado e a correção deste, de acordo com o ordenamento jurídico, devendo por isso o notário ser imparcial e orientar igualmente a todos os envolvidos no ato que se realiza, tanto a parte que o elegeu quanto os demais envolvidos no ato notarial.

O tabelião deve estar acima dos interesses envolvidos, constituindo-se obrigação sua proteger as partes com igualdade, dando-lhes todo o conjunto de explicações necessárias e oportunas, e livrando-as com imparcialidade dos enganos que pode engendrar a sua ignorância ou até mesmo uma possível presença de má-fé. Ele deve em igual medida e com a mesma lealdade tratar o cliente habitual como o acidental; o que o elege como o que o aceita; o que o paga como o que se beneficia de sua atividade sem despesa alguma. É notário das partes e de nenhuma em particular: preside as relações dos particulares, e sua posição equidista dos diversos interessados.

A imparcialidade notarial não significa apenas tratar a todos igualmente, mas sim tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, buscando equiparar de alguma forma a relação jurídica.

Assim, se houver uma parte hipossuficiente na relação, deve o notário dispensar maior preocupação com esta, orientando-a e atendendo-a com muito mais afinco, a fim de tentar tornar a relação jurídica o mais equânime possível.

Note-se que a imparcialidade notarial vem ao encontro da *autonomia real da vontade*, preconizada no modelo contratual pós-moderno, pois, uma vez que as partes não são materialmente iguais, como supunha o contrato liberal, deve o notário buscar minimizar essa desigualdade existente, orientando e zelando, com muito mais cuidado, para que possa haver uma correta manifestação de vontade do mais débil, protegendo enfim esta vontade.

Do caráter cautelar da função notarial decorre que o notário tem um mister de evitar litígios, de agir de maneira a garantir a confecção de atos jurídicos perfeitos, livres de vícios. A intervenção notarial garante a observância ao ordenamento jurídico na esfera de desenvolvimento gracioso do direito, garantindo a segurança e certeza jurídicas *a priori*, acautelando direitos e prevenindo litígios.

A função notarial opera na esfera da realização voluntária do direito. O notário molda juridicamente os negócios privados, a fim de que se adaptem ao sistema jurídico vigente, prevenindo, por conseguinte, que futuros vícios sejam aventados, e que lides se instaurem.

O notário, no exercício regular de sua função, adianta-se a prevenir e precaver os riscos que a incerteza jurídica possa acarretar a seus clientes.

A função do notário é essencialmente um mister de prudência, e o é mais acentuadamente que a de outros operadores do direito, justamente por este sentido cautelar que a rege.

Nas complexas relações sociais contemporâneas a certeza acerca das concretas relações e situações subjetivas é um imperativo, fato pelo qual os ordenamentos jurídicos tutelam a busca por essa certeza, combatendo o fenômeno da incerteza *a posteriori*, ou seja, combatendo uma incerteza após o seu aparecimento, mas principalmente, combatendo tal fenômeno previamente ao seu aparecimento, prevenindo-o no plano da realização espontânea e pacífica do direito, que é onde brota.

Se o direito consiste em regras de conduta que permitem a vida pacífica em sociedade, deve o Estado dar meios permissivos e assecuratórios para o cumprimento voluntário dessas normas de conduta, vale dizer, do direito. Não se poderia imaginar uma sociedade na qual o direito fosse sempre descumprido e aplicado pelo Poder Jurisdicio-

nal do Estado. O litígio é a patologia jurídica e deve ser evitado a todo custo; a sanidade jurídica é o cumprimento voluntário do direito, e este deve ser fomentado pelo Estado.

É nesta esfera de desenvolvimento voluntário do direito que atua o notário, como uma *longa manu* do Estado, buscando garantir a certeza e segurança jurídicas *a priori*, buscando prevenir litígios.

Aí está, portanto, o fundamento, a beleza e a importância da atuação notarial: a intervenção estatal, por meio 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 um importante instrumento na consecução da paz social.

O caráter público informa que a função notarial é pública; ao Estado pertence e à coletividade interessa. Em que pese seja atividade exercida por um ente privado, mediante delegação, é função pública, uma vez que prevenir litígios, acautelando direitos, zelar pela correção jurídica na esfera da realização privada de atos jurídicos, a toda a sociedade interessa. O notário é, como vimos, uma *longa manu* do Estado a intervir preventivamente na esfera de desenvolvimento gracioso do direito.

### 7.2.1. O Estado neoliberal e a atividade notarial

Vimos acima que três são as características que identificam o Estado pós-moderno, ou neoliberal, a saber: a privatização, a globalização e a não intervenção.

Privatizar, vimos, é transferir atividades do Estado para o setor privado; é transferir do público para o privado a produção de determinados bens ou serviços. Desregular, ou não intervir, é reduzir a intervenção do Estado na esfera de atividades privadas; é liberar os mercados. Atendem à ideologia do privatizar e não intervir para deixar fazer os particulares, deixar que a ordem natural do mercado se desenvolva livremente. Pretende-se assim que o Estado sucumba aos ditames da economia de mercado, que reinaria soberana, como a nova ordem natural, inerente a todos os povos.

Embora “mascarados” por vezes, identificou Jorge Mosset Iturraspe quais os verdadeiros intentos da privatização e da desregulamentação do Estado: pretende-se voltar atrás de um longo processo de intervencionismo estatal nascido com o Estado social dos anos 30 aos 80 e que começou com a tutela da população trabalhadora, cambiando a proteção alcançada pela *flexibilidade laboral*, sob o argu-

mento do favorecimento do *pleno emprego*; busca-se desjuridicização do mercado, passando-se de um mercado altamente regulado juridicamente para um mercado livre de regulação; busca-se transformar o Estado no ente apto a remover as barreiras existentes ao pleno desenvolvimento da economia de mercado, tida como uma ordem natural, isto é, a superação dos obstáculos ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, do Estado social, é substituída pela superação dos obstáculos ao pleno desenvolvimento da economia de mercado; os profissionais do direito são desprestigiados em virtude dos valores que defendem, contrários aos valores impostos pela economia de mercado, aos quais o direito deve apenas servir; busca-se a supremacia do direito econômico empresarial, em substituição ao Direito do Estado, visando-se a uma interpretação econômica do Direito; não intervir, para que as lacunas sejam preenchidas pela nova *lex mercatoria*, é a ordem do dia; a privatização tem criado monopólios de funções públicas, essenciais, que antes encontravam-se nas mãos do Estado, e que agora encontram-se nas mãos de particulares, como, por exemplo, água, luz, telefone; enfim, a racionalidade econômica imposta preza pela eficiência da atividade empresarial<sup>262</sup>.

Esta inspiração neoliberal de Estado cria uma sociedade extremamente individualista, onde preocupações sociais não têm lugar. A preocupação com a pessoa humana como tema central do Estado cede lugar à preocupação com o mercado, com a eficiência da economia de mercado e seus postulados.

É mais uma vez Iturraspe quem alerta: “El panorama que se abre a nuestros ojos azorados, fuera de órbita, es el de una masa de individuos que concurren al mercado: que los nuclea y relaciona. Se observa, además de un Estado en fuga — que há dejado sus herderos en un ‘testamento’ privatizador y desregulador —, una sociedad civil esfumada, borrosa, confundida”<sup>263</sup>.

Esta pretendida criação neoliberal de Estado, na qual impera sem limites a economia de mercado, e ao direito só resta servi-la, não pode vingar, visto que se mostrou extremamente injusta, alijadora e tão somente benéfica para alguns que detêm o poder econômico, potencializando assim as diferenças entre aqueles que têm poder econômico e aqueles que estão à mercê desse poder. Mister se faz que haja

<sup>262</sup> Como contratar, cit., p. 83-86.

<sup>263</sup> Como contratar, cit., p. 116.

uma efetiva intervenção estatal e jurídica a fim de coibir os abusos praticados em nome da ordem econômica que, efetivamente, não pode sobrepor-se à pessoa humana, à qual aquela existe tão somente para servir.

No império da economia de mercado, o ser humano mostra-se vulnerável, só, abandonado. Faz-se necessário portanto, buscar uma nova sociedade civil, na qual encontre a pessoa humana refúgio e proteção, a qual cumpra seus fins não mercadológicos e ofereça tutela à ínsita dignidade do ser humano. Nessa nova sociedade civil, o Estado tem um papel fundamental de proteção, regulamentação e fomentação de relações econômicas saudáveis e que não esmaguem os mais débeis. Deve haver uma espécie de Estado eclético, que concatene alguns aspectos do Estado liberal, permitindo um desenvolvimento econômico que gere empregos e produza a riqueza de um país, com alguns aspectos do Estado social, evitando abusos em nome das normas econômicas, que não podem superar a importância do ser humano.

Conforme asseverou Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o “mundo neoliberal, ajustado a uma *economia de mercado* sem limites, insiste em não acertar suas contas com os *diferentes* e a *diferença*. (...) Não há dúvida de que houve um agigantamento do *econômico* diante do *social* e do *político*. (...) Consolidou-se a *coisificação* do homem e, daí por diante, não seriam as estruturas tradicionais, fundadas em uma racionalidade pretensamente compreensiva do *social* e do *político*, que iriam segurar a corrida ao ‘quero gozar mais’”<sup>264</sup>.

A reconstrução da sociedade civil deve fazer-se distinguindo-se-a do mercado, não a identificando com este, buscando valores ignorados pela economia de mercado, como, por exemplo, o de ter em conta os “desprestigiados pelo mercado”, como os hipossuficientes e as minorias; o de cultivar a pessoa humana e suas aptidões; o de colocar tônica na identidade individual e nas diferenças de cada um, superando assim a massificação; o de buscar, enfim, valores que formem o núcleo social. “Son las ‘cosas de la sociedad civil’: la plaza, la Iglesia, los árboles y las piedras. La familia y la amistad. Pero por sobre todo, las personas humanas, como eje, centro, preocupación constante. Chicos o grandes, útiles o inútiles, sanos o enfermos. Que se valen por

<sup>264</sup> Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal, in Agostinho Ramalho Marques Neto et al., *Direito e neoliberalismo*: elementos para uma leitura interdisciplinar, p. 56.

si mismos o que requieren atención permanente. Nada de esto preocupa al mercado”<sup>265</sup>.

É nesta busca de estruturação de uma nova sociedade civil, pautada na dignidade da pessoa humana, que releva sobremaneira a função notarial, como um meio de intervenção estatal, por intermédio de um agente seu, vislumbrando coibir abusos na esfera das negociações privadas.

Embora não seja o notário um funcionário público, exerce ele uma função pública, que lhe é delegada pelo Estado, e, nessa medida, consiste em uma verdadeira *longa manu* do Estado na esfera de desenvolvimento gracioso do direito, nas negociações privadas. Deve atuar o notário no sentido de minimizar os efeitos da pretensa supremacia da economia de mercado, sendo, pois, um importante colaborador na construção de uma nova sociedade civil. Nesse sentido, deve zelar pela proteção do hipossuficiente por meio de uma atuação imparcial e um assessoramento jurídico cauteloso e amparador, pela não supremacia dos economicamente mais fortes, pela observância contínua da relevância do princípio da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva, entre outros. O notário, enfim, é o agente imparcial, profissional do direito, a quem é incumbida a importante missão de evitar abusos na esfera das negociações privadas, fazendo com que se aplique corretamente o ordenamento jurídico estatal que, como vimos, deve ser protetor do hipossuficiente e fomentador da dignidade humana.

“Impedir la injusticia es quizá una de las más nobles funciones del notario, y para ello cuenta, entre otros recursos, con la debida información, con el legal asesoramiento y con el humano consejo. Como ya lo expresamos, a la desigualdad cultural el notario opondrá su deber de información, de orientación y hasta de protección al más indigente; y a la desigualdad económica opondrá la igualdad jurídica, o sea, el equilibrio entre las partes, resultando de un espíritu de justicia y de un sentimiento de equidad en su obrar profesional.”<sup>266</sup>

Se a sociedade clama pela intervenção do Estado a fim de breçar os abusos cometidos em nome da livre economia de mercado e a fim de proteger o débil economicamente e de concretizar valores sociais, esquecidos pelo neoliberalismo, tem essa mesma sociedade no notário um dos agentes mais hábeis e aptos ao auxílio de tais intentos. Buscar

<sup>265</sup> Jorge Mosset Iturraspe, *Como contratar*, cit., p. 118.

<sup>266</sup> Santiago Raúl Deimundo, *Pensamiento*, cit., p. 60.

a equidade da relação jurídica que se estabelece protegendo o hipossuficiente, evitar o predomínio dos que têm poder econômico nas relações jurídicas, buscar enfim, na esfera de negociações privadas, o alcance dos valores sociais e não meramente o desenvolvimento da economia é o que se impõe ao notário nos dias de hoje, de maneira que nele encontrará a sociedade um baluarte de certeza e segurança jurídicas, e também de justiça, de coibição de abusos.

O notário, pelo seu mister jurídico, imparcial e cauteloso, não há de ficar inerte perante o aniquilamento da vontade do mais fraco e à franca abusividade dos detentores do poder econômico. Deve ele agir no sentido de buscar possibilitar a manifestação da vontade real, livre, do mais fraco economicamente, *protegendo-o*, e concretizando os valores da sociedade, eleitos no ordenamento jurídico, e não os valores da economia de mercado. Assim deve agir o notário, pois a sociedade assim espera que ele aja e o ordenamento jurídico tem nele um eficaz instrumento na busca de seus ditames sociais.

Não fosse o assessoramento de um profissional do direito imparcial — o notário —, de modo a acautelar direitos, não teriam os hipossuficientes solução de proteção em seus negócios privados, restando apenas submeterem-se aos desígnios do poder econômico e, posteriormente, buscar amparo no Poder Judiciário. O notário, porém, procura a segurança jurídica aprioristicamente, contribuindo para o alcance dos valores sociais e para a proteção do mais fraco, de modo a evitar litígios, garantir direitos, e conseguir a pacificação social. Daí a importância cada vez maior de o Estado, pela sua preocupação social, buscar a intervenção cada vez maior da atuação notarial nas negociações privadas.

### 7.2.2. A nova teoria contratual e a função notarial

Vimos que os contratos pós-modernos polarizam-se dentro de uma dicotomia derivada da incipiência hodierna: por um lado, resgatam a autonomia da vontade, mas uma autonomia racional, protegida, que permita ao hipossuficiente manifestá-la da mesma forma que a parte mais privilegiada; por outro, prega-se o afastamento da regulamentação estatal, a fim de deixar livre os particulares para autorregular-se.

Entretanto, deve-se efetivamente buscar, como já dissemos, uma intervenção do Estado a fim de coibir abusos em nome da economia de mercado. Deve-se efetivamente buscar a autonomia racional da

vontade, a proteção do hipossuficiente, a boa-fé objetiva, a justiça contratual, com a colaboração estatal. O direito deve, enfim, ser um instrumento de justiça e de inclusão social.

Diante desses imperativos contratuais hodiernos, de proteção do hipossuficiente, de reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor em relação aos contratos de consumo, de respeito à boa-fé objetiva, de busca da justiça contratual e da função social do contrato, a função notarial assume uma posição relevante dentro do ordenamento jurídico, devendo, pois, ser fomentada. Vejamos.

O direito, como norma de conduta social, pode concretizar-se de duas maneiras: sem lide, em sua normalidade, ou com lide, havendo um conflito de interesses a ser resolvido. No segundo caso, atuará o Poder Jurisdicional do Estado, resolvendo a lide, e dizendo o direito no caso concreto. Na primeira situação, e que consiste na normalidade jurídica — uma vez que a imensa maioria de atos jurídicos nascem, desenvolvem-se e são cumpridos de maneira voluntária e sem lide —, não se furta o Estado de intervir, auxiliando e fornecendo instrumentos que orientem o cumprimento correto do ordenamento jurídico, prevenindo a lide e garantindo segurança jurídica, e um dos mais eficazes e poderosos desses instrumentos jurídicos é sem dúvida a *instituição notarial*.

Há atualmente uma tendência das ciências no sentido de uma atuação preventiva muito valorizada em relação à atuação remediadora. A profilaxia toma um vulto cada vez maior dentro do âmbito científico. Nesse sentido, a medicina, por exemplo, além de tratar das situações patológicas, também e preferencialmente, busca prevenir que elas aconteçam, procura conservar a saúde em vez de somente tratar a doença, visto que a atuação profilática é muito mais segura, mais barata, e muito menos traumática.

Também para as ciências jurídicas vale tal raciocínio. A saúde social não somente se mantém com medidas contenciosas, resolutivas dos conflitos instalados, senão, principalmente, procurando que estes não se produzam e que as normas jurídicas se desenvolvam normalmente. Para tanto, é preciso promover esse desenvolvimento jurídico normal por meio de uma adequada profilaxia jurídica, isto é, mediante o uso de instrumentos adequados à prevenção de litígios, tendo o Estado papel fundamental, e sendo a *instituição notarial* um dos mais valorosos instrumentos profiláticos conhecidos.

Conforme lição de Juan Vallet de Goytisolo, “el orden jurídico, tanto o más que el producto de un ordenamiento justo y adecuado y

de una correlativa organización judicial competente y eficaz, es fundamentalmente el resultado de un entramado vivo de actos humanos ajustados al derecho. Este entramado de actos ajustados al derecho, que constituye una conducta social generalizada y de la que es fruto la salud social, puede ser promovido y ayudado con instituciones jurídicas adecuadas que faciliten ese bien obrar y doten la vida social de la seguridad jurídica precisa para su desarrollo y para el logro del público bienestar”<sup>267</sup>.

Nessa profilaxia jurídica tem o notário um papel fundamental, conforme notou M. Gonçalves Pereira: “a função notarial tende a conseguir preventivamente a certeza da sua aplicação às relações e situações jurídicas e aos direitos subjectivos, na sua estática e na dinâmica do tráfico jurídico. E esta actuação é tanto mais importante quanto é certo que o Direito, como a Medicina, têm que ser cada vez mais preventivos, procurando evitar que conflito ou a doença surjam”<sup>268</sup>.

A profilaxia jurídica reduz custos e traumas se comparada em relação à composição da lide e, entretanto, nossa cultura jurídica insiste em fomentar o gigantismo processual e a preocupação com a resolução da lide, em detrimento da ínfima preocupação que se tem dispensado à prevenção da lide.

Na seara contratual, a profilaxia jurídico-notarial fez-se sentir de longa data, pela exigência, sob pena de nulidade do ato, do instrumento público notarial — escritura pública — para determinados atos jurídicos que o legislador considerou mais relevantes.

Não é em vão a exigência de determinadas formas dentro do direito. Têm elas o condão de proteger a manifestação da vontade, correta, livre e sem vícios, e, hodiernamente, têm também a função de proteger o hipossuficiente. O instrumento público-notarial tem cumprido a contento tal missão, tutelando a manifestação da vontade e exercendo a polícia jurídica de correção dos atos praticados, bastando para comprovar tal assertiva observar o ínfimo número de escrituras públicas que dão ensejo a lides que deságuam nos tribunais. O maior rigor formal do ato notarial e a presença qualificada do notário com seus caracteres do assessoramento jurídico imparcial e da fé pública, logram alcançar os desígnios buscados na imposição das for-

<sup>267</sup> El notario y la contratación en la sociedad de masas, *Revista de Derecho Notarial*, n. 109-110, p. 214.

<sup>268</sup> *Notariado e burocracia*, p. 35.

mas, consoante bem salientou Juan Vallet de Goytisolo: “Como contrapartida de la mayor jerarquía de valor del documento notarial (...) se exige en la formalización de aquél un mayor rigor (...): *en lo substantivo* no son admitidas en el documento público las exteriorizaciones de voluntades ilícitas ni defectuosas; y *en lo formal*, está reglamentado el formato del instrumento (...)”<sup>269</sup>.

Todavía, com o advento do neoliberalismo, com o movimento de afastamento do Estado, bem como de qualquer agente seu das relações privadas, diminuiu-se a obrigatoriedade da intervenção notarial. Os contratos de compra e venda de imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação e os contratos de compromisso de compra e venda celebrados com construtoras são exemplos de atos que passaram a dispensar a intervenção do notário, e são, ao mesmo tempo, espécies contratuais de massa, em que é notória a disparidade, a vulnerabilidade de uma das partes em relação à outra. Passa-se, pois, a dispensar a intervenção notarial num momento em que mais do que nunca se faz necessária a figura de um terceiro assessor jurídico imparcial das partes. Decorrência desse processo é o aumento da abusividade contratual e das lides geradas por tais contratos.

Hoje, mais do que nunca, em face da pós-modernidade e das alterações no panorama contratual provocadas por ela, faz-se sentir a necessidade de uma atuação notarial mais consistente a fim de minimizar os efeitos nefastos da contratação de massa, tentando tornar o mais equânime possível as relações contratuais, por meio de um mister jurídico, imparcial e qualificado pela fé pública.

Vimos que a função notarial engloba um caráter jurídico. Significa isto que o notário, ao exercer sua função, deve necessariamente observar e aplicar corretamente o ordenamento jurídico vigente. Significa, ainda, que ao atuar deve o tabelião exercer a polícia jurídica dos atos que pratica, isto é, fará em todos os atos notariais que presidir uma análise acerca da juridicidade de sua forma e de seu conteúdo, não apenas observando as regras formais do ato que pratica, mas também qualificando e analisando juridicamente o conteúdo do ato, devendo nesse sentido vedar qualquer vício contido em alguma das cláusulas do contrato.

Nesse sentido, deve o notário, antes de mais nada, coibir a presença no ato notarial de vícios genéticos, ensejadores de nulidades ou

<sup>269</sup> El notario, cit., p. 216.

anulabilidades. Deve avaliar a capacidade das partes e agir no sentido de certificar a ausência de vícios na vontade manifestada, bem como avaliar a presença e sanidade dos requisitos de validade dos atos jurídicos.

Deve ainda o tabelião, mais do que isso, possibilitar a manifestação da vontade racional, ou da real manifestação de vontade das partes, que consiste em uma das súplicas da pós-modernidade contratual. Nesse sentido, o agir imparcial do notário deve ser o de tratar desigualmente os desiguais, amparando o desamparado, orientando com muito mais cuidado o hipossuficiente, dispensando mais tempo de atenção ao débil do que à outra parte, zelando pela possibilidade de a vontade do hipossuficiente fazer-se sentir, mesmo diante de um contratante em posição bem mais confortável e, mesmo quando a possibilidade de manifestação de vontade do hipossuficiente não puder existir, como em um contrato de adesão em que a outra parte detenha algum monopólio, por exemplo, deve o notário orientar a parte acerca das consequências jurídicas do ato estipulado e de uma possível discussão de cláusulas eventualmente abusivas na esfera competente.

No caso de relação de consumo, onde embora possa em alguns casos não haver hipossuficiência, mas sempre há a vulnerabilidade<sup>270</sup> do consumidor, a intervenção notarial mina a maioria das mazelas nas quais se manifesta tal vulnerabilidade, dentre as quais, Paulo Valério Dal Pai Moraes<sup>271</sup> aponta as seguintes: o tecnicismo, a complexidade e a extensão contratual, a predisposição de cláusulas, a generalidade dos contratos decorrente da massificação, a consideração do estado de necessidade do consumidor por vezes presente e a dimensão dos caracteres do contrato.

Na análise material feita pelo tabelião, deve ele entrar no mérito do ato jurídico celebrado, impedindo o acesso ao instrumento de cláusulas nulas. Aqui, fará o notário um controle acerca das cláusulas abusivas e das cláusulas ilícitas de um modo geral, não permitindo o

<sup>270</sup> A “vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns — até mesmo a uma coletividade — mas nunca a todos os consumidores. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova” (Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, in Paulo Valério Dal Pai Moraes, *Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 105).

<sup>271</sup> *Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 226-229.

seu acesso ao instrumento contratual. Ao deparar-se com um contrato de consumo, por exemplo, fará o tabelião uma análise das cláusulas que as partes pretendem ver inseridas no instrumento contratual e, verificando que alguma delas é abusiva, por ferir algum dos direitos do consumidor, vedará a sua inclusão no instrumento, esclarecendo e orientando as partes a respeito do ocorrido. Note-se que tal procedimento, que é função tipicamente notarial, evita que um sem-número de acordos de vontades que se constituem em lides em potencial, chegue ao Judiciário, por ter havido uma eficaz profilaxia jurídica.

Também a boa-fé objetiva e a justiça contratual devem ser observadas pelo notário na sua análise jurídica do conteúdo da contratação. Havendo ofensa a alguma delas, será igualmente vedada pelo notário a inclusão da cláusula.

Diante da massificação das relações, cumpre perquirir como restaria a função notarial diante da contratação de adesão. Estaríamos diante de um fenômeno do instrumento notarial de adesão? Ou, ao contrário, o instrumento notarial seria justamente um poderoso combatente à adesividade contratual?

Pensamos estar na segunda indagação a resposta correta. De regra, a atividade notarial, por todas as suas características ímpares que vimos, funciona como um freio à mera adesão, levando ao hipossuficiente a possibilidade de manifestar a sua vontade, diminuindo as diferenças materiais entre as partes contratantes. Assegurando o notário à parte débil a possibilidade de manifestar sua vontade, assegurará a possibilidade de discutir cláusulas, vetando o próprio notário cláusulas abusivas, o que, de fato, contribui enormemente para a minimização do fenômeno da mera adesão.

Mas, para isso, é preciso que o legislador imponha a forma público-notarial como essencial ao ato, sob pena de nulidade, pois, se assim não for, a adesão se materializará mediante instrumento particular, sequer chegando ao notário a possibilidade de atuar preventivamente. Um dos casos em que o notário pouco poderá fazer é, efetivamente, aquele em que as partes celebram um pré-contrato — um contrato de compromisso de compra e venda por exemplo —, por instrumento particular, estando o mesmo cumprido pelo consumidor, e a intervenção notarial somente se dará para o cumprimento da parte do fornecedor. Em tal situação, pouco poderá fazer o notário pela proteção da parte vulnerável, pois o fato estará consumado quando se buscar a intervenção notarial, embora sempre seja possível ao notário aconselhar juridicamente.

Outra situação problemática é a dos monopólios, na qual é imposta uma contratação previamente definida e, se o consumidor não aceitar, não contratará com este fornecedor e não encontrará nenhum outro que possa substituí-lo. Em tais situações, dificultosa também estará a atuação notarial. Porém, em tal caso, parece possível o assessoramento notarial revestir-se de orientação à parte vulnerável na identificação de eventuais vícios contratuais bem como na indicação dos meios adequados para a salvaguarda de seus direitos subjetivos.

A posição de imparcialidade do notário, como aventou Juan Vallet de Goytisolo, “obliga a tratar de influir, en cuanto nos sea posible, en las entidades vendedoras, con nuestro consejo desinteresado, para que las cláusulas de los contratos sean, ciertamente sólidas, pero claras y sobre todo equitativas”<sup>272</sup>.

Continua o conspícuo notarialista: “Aparte de ello, a los compradores es preciso que los tratemos a cada uno individualizadamente; no como una masa. No olvidemos que también entre ellos saltan los problemas que, a veces, no se detectan con una mirada superficial (...). Sin duda, esta atención individualizada está a nuestro alcance, y es nuestro deber no descuidarla. Para nosotros, en el ejercicio de nuestra función, nunca debe existir masa, sino personas con su propia identidad y con sus peculiares problemas y hemos de atenderlas individualizadamente, al menos para asegurarnos de que no tienen especiales problemas”<sup>273</sup>.

Vê-se, assim, que a instituição notarial é importante instrumento na consecução da certeza e segurança jurídicas preventivas, bem como um importante instrumento na consecução de alguns dos intentos da teoria contratual pós-moderna, como o controle da eventual abusividade de direitos. Cabe, pois, ao direito fomentar cada vez mais tal instrumento, e teremos certamente mais segurança jurídica e atos jurídicos com menor incidência de vícios e de abusos a direitos subjetivos alheios, ao mesmo tempo que cabe aos notários tomarem consciência da importância atual de sua função, pois disso depende o futuro dela. Não há mais notários redatores, não há mais espaço para formas ocas.

<sup>272</sup> El notario, cit., p. 226.

<sup>273</sup> El notario, cit., p. 226.