

1

HISTÓRICO NOTARIAL

1.1 Introdução

O tabelionato de notas é a Serventia Extrajudicial apta à instrumentalização da vontade jurídica do usuário. Para tanto, o tabelião¹ elabora os atos, atos-fatos e negócios jurídicos que o destinatário queira dar forma legal².

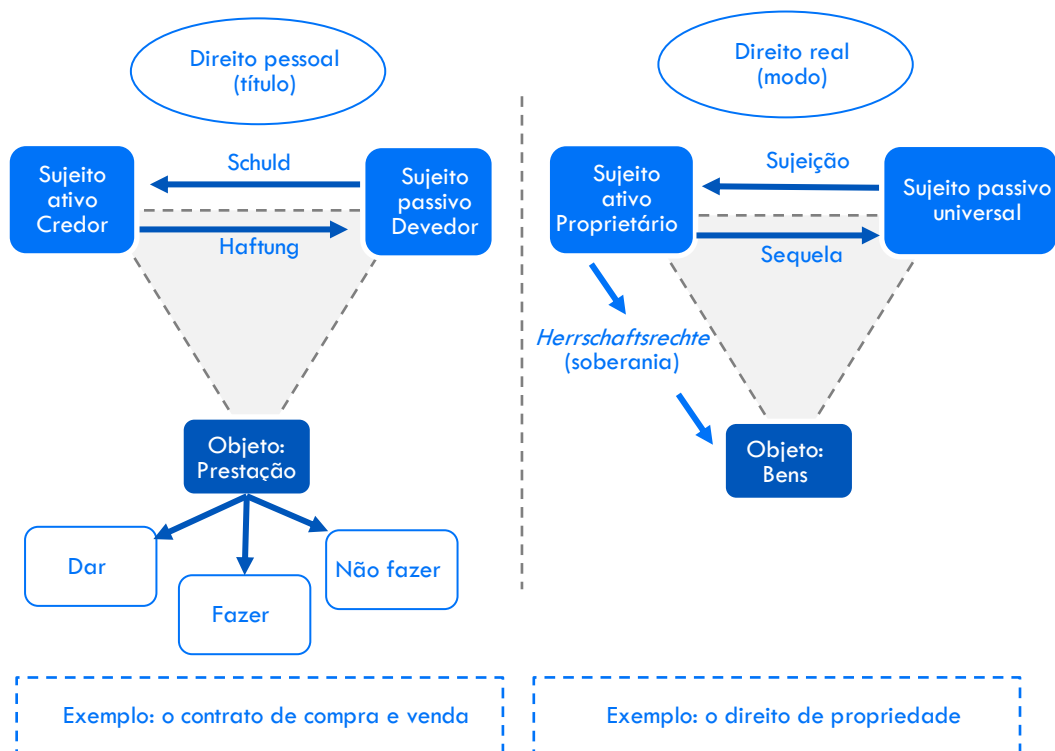
Para o exercício de sua atividade, no que diz respeito à elaboração de atos concernentes ao direito privado, o tabelião não precisa se vincular a uma forma rigidamente prescrita, ou a liturgias obrigatórias, a não ser nas hipóteses em que a lei assim o determina (forma *ad*

¹ Conforme aponta O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário...*, pp. 1357-1358: “Do latim, *tabellio*, *tabellionis* (tabelião, notário público), entende-se o *oficial público*, a quem se comete a missão de redigir e instrumentar os atos e contratos ajustados entre as pessoas, atribuindo-lhes autenticidade e fé pública. A função do tabelião, outrora chamado de *pragmaticus* (legista, perito em leis), é conforme o próprio radical do vocábulo *tabula*, de que se origina *tabellio*. A expressão *tabula* designa igualmente o *documento*, ou o *instrumento* em que se firmam os atos jurídicos. É, assim, o tabelião encarregado de escrever os *documentos*, ou de *preparar os instrumentos* dos diversos atos jurídicos, para os quais se exija escritura pública, ou quando assim o desejam os próprios interessados. Originariamente, entendia-se que os termos *escrivão* e *tabelião* designavam funções idênticas. As expressões passaram a indicar officios diferentes. Os *tabeliões* são serventuários públicos, que exercem atividades com uma certa autonomia, enquanto os *escrivães*, em regra, agem sob o mando direto de um juiz, ou de uma autoridade, que lhes superintende os serviços. Os romanos, desde Ulpiano, já os mencionavam. No Digesto foi lhes atribuído o encargo de formular as escrituras. Eram considerados *escrivães públicos*. Convém, no entanto, esclarecer que os romanos distinguiram dos *tabelliones* o *tabularius* e o *notarius*. O *tabularius* era servidor público encarregado da escrita e contabilidade nas administrações provinciais e municipais, cometendo-se-lhe, ao mesmo tempo, a missão de guardar os arquivos comunais, pelo que, em certas circunstâncias, intervinha na feitura de atos jurídicos, para lhes dar autenticidade. O *notarius*, de *nota*, era originariamente *estenógrafo*, a quem se cometia o encargo de *registrar por escrito* os atos de um processo, a fim de o levar a julgamento, trazendo ao conhecimento dos interessados as resoluções, ou decisões tomadas. Modernamente, *notário* ou *tabelião de notas* envolve o mesmo sentido designando o oficial ou serventuário público, encarregado de *redigir as notas* para a instrumentação de atos jurídicos, confiados à sua elaboração. Os instrumentos elaborados pelos tabeliões têm toda autenticidade e merecem toda fé pública. Por essa razão, ao contrário dos instrumentos privados, dizem-se instrumentos, ou *escrituras públicas*. Para o registro das escrituras, elaboradas por ele, possuem livros próprios, sujeitos à correção da autoridade judiciária competente. São providos vitaliciamente, mediante concurso e recebem compensação pelos serviços prestados mediante *custas* determinadas pelo Regimento respectivo. Como auxiliares, pode manter o tabelião *escreventes juramentados* e *oficiais maiores*, sendo que estes têm trato e autoridade análogos ao tabelião”

“TABELIÃO. *Direito notarial*. 1. Notário. 2. Oficial público que está encarregado da lavratura de atos para dar-lhes autenticidade e fé pública. TABELIÃO DE NOTAS. *Direito notarial*. Notário que se incumba da feitura de escrituras públicas; da autenticação, baseado na fé pública de instrumentos particulares; da instrumentação, ou seja, redução do negócio jurídico a fórmulas que lhe assegurem a eficácia; do assessoramento a clientes, orientando-os (...).”, cf. Maria Helena DINIZ, s.v. *Tabelião*, in *Dicionário...*, vol. IV, p. 572.

² Art. 6º da Lei nº 8.935/1994: “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.”

que atue, excepcionalmente, com um único sujeito de direitos em relações unilaterais, tal qual ocorre com o testamento, por exemplo.



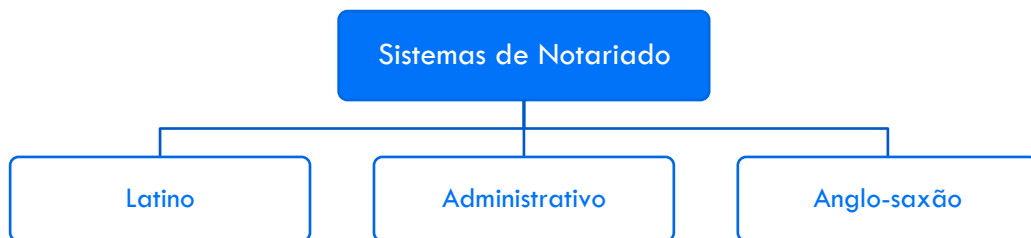
Quanto ao plano dos direitos reais, deve-se esclarecer que o direito real é estruturalmente absoluto, ou seja, um direito independente e não implica uma relação com outrem. A obrigação passiva universal é, apenas, o dever geral de respeito ou de abstenção, melhor explicando, o dever de “não impedir nem embaraçar o exercício do direito real ou de respeitar a soberania que lhe é inerente”. É importante deixar claro que a obrigação passiva

bem imóvel confere ao comprador um direito pessoal, pois, caso o vendedor se recuse a cumpri-lo, a exigência configura uma pretensão a um ato: o de transferir o imóvel e, em caso de isto não ocorrer, o ato de indenizar. Só quando o imóvel, conforme a lei, for objeto de uma escritura” lavrada no tabelionato de notas e, posteriormente, registrada no registro de imóveis é que aparece o direito real (art. 1.245 CC/02) e, logo, a faculdade de dispor, de usá-lo e gozá-lo.

Assim, é importante observar que a expressão direito subjetivo conduz à posição de um sujeito numa situação comunicativa, com faculdades e funções jurídicas – modos de agir – que o titular faz valer mediante procedimentos garantidos por normas. Há uma estrutura caracterizada, em primeiro lugar, pelo sujeito do direito (uma pessoa, grupo de pessoas ou entidade apresentada por um grupo de bens), em segundo tem-se o conteúdo do direito. Esta, no caso dos direitos pessoais, é uma faculdade específica de constrengimento do outro, enquanto no caso dos direitos reais, trata-se da faculdade de dispor ou usar e gozar um bem sem interferência de terceiros. Em terceiro lugar tem-se o objeto do direito, um bem protegido – no caso dos direitos reais é a *res*, que pode ser física ou não, no caso dos direitos pessoais o conteúdo diz respeito a um interesse protegido. Tudo isso é construído para o domínio prático das questões de decidibilidade de conflitos e se constitui um *topoi* ou lugar comum de orientação num quadro de coerência argumentativa. Em outras palavras, trata-se de conceitos operacionais. Cf., *Introdução...*, pp. 122-124]. Também nesse sentido, cf. M. V. A. S. JARDIM, *Os Direitos Reais...*, p. 46.

liberdade contratual. Logo, quando em um determinado Estado a proteção à propriedade privada e à liberdade contratual é sólida, o notariado também tende a ser forte e autônomo. Porém, em um Estado em que a propriedade privada é proibida, o notário pouco tem a fazer, uma vez que a sua função própria é atuar particularmente nos negócios privados¹⁸. O notário age diretamente na circulação de riquezas ao garantir o direito de propriedade e é, justamente, por isso que tanto se preza a valorização da atividade, em vista do desenvolvimento econômico e social do país¹⁹.

Na classificação de GIMENEZ-ARNAU²⁰, os sistemas de notariado podem ser divididos, basicamente, em três:



Todavia, o que tem acontecido na prática é uma crise de identidade da figura dos notários e registradores. Trata-se de uma tendência mundial, senão europeia, uma consequência da crise do relativismo que atinge diretamente o Estado como parte especializada no interesse do todo, caracterizado pela comunidade^{21 22}.

O relativismo em destaque deságua em um problema doutrinário, uma vez que a publicização do direito privado tem permeado a realidade dos notários, em benefício do direito público administrativo. A mudança de paradigma, ao invés de dignificar a atividade, rumo em

¹⁸ L. BRANDELLI, *Teoria...*, p. 40.

¹⁹ Aqui é importante observar a dicotomia existente entre os sistemas típicos do notariado, ou seja, o notariado próprio de países do chamado *civil law* (notariado do tipo latino) e o do *common law* (anglo-saxão), sem contar ainda o notariado Administrativo, comum a países socialistas. O notariado privado típico do *common law* é exemplo máximo e auge da estrutura capitalista em prol da liberdade contratual e da propriedade privada, já o notariado administrativo, por sua vez, nada mais é que um mero funcionário a serviço da estrutura estatal, com propriedade privada nula. No que diz respeito à dicotomia entre notariado latino e o anglo-saxônico, cabe destacar “*en atención a la función que desarrollan dos tipos fundamentales de notarios: el sajón [anglo-saxónico] a que suele llamarse privado y el latino al que se denomina público. Es decir: el que no representa y el que representa al Estado, o la sociedad y por ello no da o da carácter público (u oficial mejor dicho, para no confundir la publicidad solemnizadora con la publicidad o notoriedad de hecho) al acto en que interviene*”. Argumenta-se, contudo, que “*la contraposición Notario público y Notario privado no deja de ser equívoca; pues incluso el Notario de los países sajones realiza una cierta función pública al autenticar firmas. Por eso es por lo que preferimos usar las denominaciones Notariado latino y Notariado sajón, son más expresivas y se prestan a menos confusiones. Si se habla de profesional y de funcionario, de Notario libre, oficial o profesional-funcionario, se incurre fácilmente en confusiones: en cuanto la función notarial, aunque sea pública, va, por lo general, acompañada de un carácter profesional o libre; y considerada como profesión no deja de tener un carácter oficial, en cuanto el Estado regula el ejercicio de la función como el de las demás profesiones liberales, y persigue el ejercicio de la función como el de las demás profesiones liberales, y persigue el instrumento, como en el caso del Médico, del Abogado, del Arquitecto o del Farmacéutico*”. [E. GIMÉNEZ-ARNAU, *Derecho...*, pp. 117-118].

²⁰ *Derecho...*, p. 118: “En nuestra *Introducción al Derecho Notarial* (Madrid, 1944) admitimos un *tertius genus*, subgrupo en el que incluimos el Notariado alemán, el austríaco y el suizo, en calidad de *tipos intermedios*; pero en realidad cabe establecer una clasificación bímembre aunque los dos tipos extremos – Notariado latino, Notariado sajón – admitan multitud de variedades”.

²¹ R. H. M. DIP, *O Notariado...*, pp. 93-112.

²² O. Q. ASSIS – V. F. KÜMPEL, *Noções...*, pp. 202-214.

legitimá-la de modo geral, valorando a atividade decorrente da fé pública registral, sem confundi-la com a burocracia decorrente das infundáveis exigências da administração pública.

1.2 Origem e evolução histórica

1.2.1 Introdução

A história da atividade notarial se desenvolveu em conjunto com a da própria sociedade e seu direito, em benefício da expansão da vontade humana gerada pela inteligência³⁶. Desde os primórdios, há relatos de personagens específicos que se especializaram na documentação das relações humanas e acabaram registrando também a história da própria sociedade³⁷. Alguns chegam a dizer que a atividade notarial teria antecedido a formação do Direito³⁸. Exagero. Apenas pode-se afirmar, com certeza, que o protótipo do notariado se originou na Antiguidade no momento em que se fez necessário um ente social confiável que redigisse os negócios entabulados pelas partes, para conferir segurança às relações sociais, econômicas e jurídicas.

É sabido que a documentação oral, constituída pelo testemunho da verdade dos fatos, foi a mais primitiva. Porém, foram somente os documentos formais e escritos que adquiriram valoração especial quanto à exatidão de conteúdo³⁹.

A entabulação dos negócios determinava uma formalização de vontade, menos fugaz que a palavra falada e menos transitória que a memória das testemunhas⁴⁰. Por conseguinte, simples promessas verbais foram substituídas por informações escritas, com a presença de intermediários especializados na caligrafia, os quais, mais tarde, tornaram-se funcionários oficiais, responsáveis por conferir forma solene aos atos lavrados, e dotá-los de fé pública.

Em princípio, diz-se que a atividade notarial teria se vinculado a uma instituição pré-jurídica, pois nesse período não se tratava propriamente de um produto acadêmico legislativo⁴¹.

1.2.2 As Civilizações Antigas

A história egípcia é considerada um dos pontos de partida da trajetória notarial devido à figura do escriba, possível antepassado da atividade⁴². O escriba era um personagem sagrado, detentor do saber da arte hieroglífica, cosmográfica, geográfica e coreográfica, além de ser o responsável pelo ritual das cerimônias destinadas a dar fé aos acontecimentos e às manifestações de vontade. O escriba egípcio, além de caráter divino, detinha um poder fideifaciente (fiduciário), ou seja, fundado na confiança, que permanece, na estrutura notarial, até a atualidade⁴³.

pagar o débito ou impugnar sua cobrança, alegando por escrito uma das causas previstas no art. 704, hipótese em que o procedimento será encaminhado ao juízo competente para decisão. § 4º Transcorrido o prazo sem manifestação do devedor, o notário formalizará a homologação do penhor legal por escritura pública.”

³⁶ J. ARMAND – M. VOLINE, *La grande histoire du notariat*, Paris, Jean Michel Place, 1995, p. 13, apud L. BRANDELLI, *Teoria...*, p. 3: “*Le développement de la civilisation et du notariat vont de pair, le recul de l’un entraîne celui de l’autre*” [O desenvolvimento da civilização e do notariado andam juntos, o recuo de um leva ao do outro].

³⁷ L. BRANDELLI, *Teoria...*, p. 3.

³⁸ D. A. ERPEN, *A Atividade...*, pp. 271-273.

³⁹ E. B. PONDÉ, *Origen...*, p. 4.

⁴⁰ W. PAPPALAVA, *Letteratura Notarile*, p. 3, apud J. M. ALMEIDA JÚNIOR, *Órgãos...*, p. 2.

⁴¹ L. BRANDELLI, *Teoria...*, p. 4.

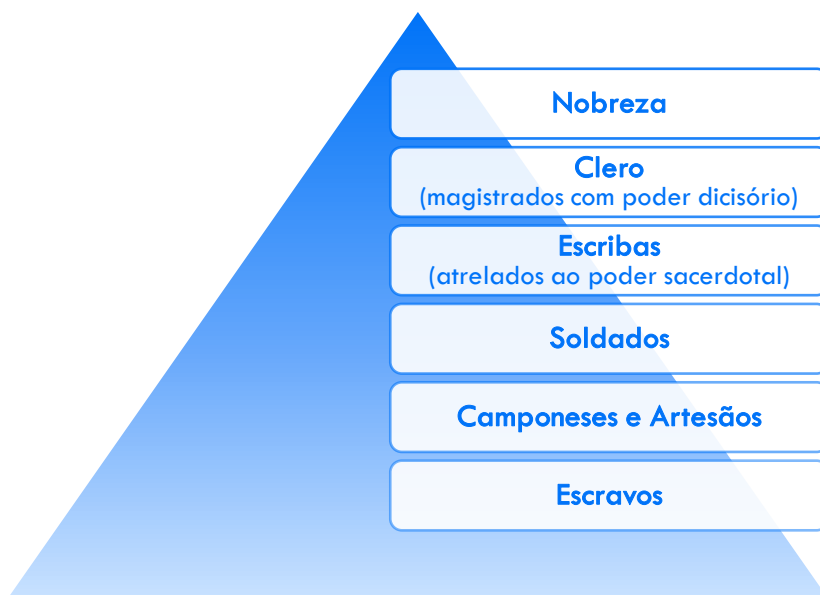
⁴² E. B. PONDÉ, *Origen...*, p. 6.

⁴³ E. B. PONDÉ, *Origen...*, p. 7: “*M. F. CASADO, en su Tratado de notaría, Madrid, Imprenta de La viuda de M. De Los Ríos, 1895, p. 54, hace un comentario relacionado con el escriba, asignándole concomitancia con la divinidad al recordar que algunos textos señalan que ‘en las procesiones de Isis iba un escriba mayor sagrado con plumas en*

Por possuir poder de caráter sacerdotal, no início, o escriba apenas autenticava os atos dos magistrados. Posteriormente, a atividade se transformou em uma delegação direta do poder do soberano, tornando o escriba um funcionário burocrático, indispensável à organização do Estado, que se fundava, agora, administrativamente em textos escritos⁴⁴.

Tanto na civilização egípcia, quanto nas civilizações hebraicas, sumérias e acadianas os escribas pertenciam a uma casta social privilegiada, logo abaixo do clero. Ao cargo foi conferido um tratamento que se assemelhava ao do direito de propriedade, por isso era transmitido em linha de sucessão hereditária, em famílias com preparo cultural e intelectual especialíssimo⁴⁵. Percebe-se que esse caráter sucessório teve grande influência na atualidade, vigendo até poucos anos atrás inclusive no Brasil, quando a delegação se dava por nomeação do antecessor. Apenas a Constituição Federal de 1988 determinou o ingresso na atividade por meio do Concurso Público de Provas e Títulos para a outorga das delegações.

A importância da figura do escriba nas sociedades antigas é contextualizada pelo exame da pirâmide social. No topo estava a nobreza, desprovida de qualquer preparo intelectual; a seguir, aparecia o clero, com magistrados intelectualmente preparados, que exerciam funções decisórias desligadas da figura direta do rei; em seguida havia os escribas, acima da base constituída de: soldados, camponeses e artesãos, e, por último, os escravos. Em suma, a pirâmide social estabelecida na antiguidade



la cabeza, un libro y una regla en la mano, tinta y una caña o cálamo para escribir. Necesitaba saber el arte jeroglífico, cosmografía, geografía, corografía y el ritual de las ceremonias y estaba destinado a dar fe de todo lo que ocurría, porque el escriba egipcio, ni aun en los planos excelsos de la divinidad, tenía poder fideifaciente. El análisis ulterior del documento egipcio así nos lo aseverará".

⁴⁴ A. ERMAN – H. RANKE, *La civilization égyptienne*, Paris, 1952, apud E. B. PONDÉ, *Origen...*, p. 7.

⁴⁵ L. BRANDELLI, *Teoria...*, p. 4

que surge o nome “*tabelião*”, que aludia ao técnico responsável pela redação dos documentos privados, bem como pelo assessoramento jurídico aos envolvidos nos negócios. Por isso, são considerados os autênticos antecessores do notariado latino⁸⁰.

O tabulário (“*tabularius*”), oriundo do direito público, precede historicamente ao tabelião, decorrente dos costumes sociais. O tabulário desempenha funções oficiais de sentido e de conservação de documentos oficiais – na época, o sentido era mais importante do que a própria conservação documental. Ademais, custodiava testamentos, contratos e atos jurídicos, até a produção dos seus efeitos. Posteriormente, surgem os tabeliães propriamente ditos, profissionais com caráter privado que se dedicam a redigir e conservar *instrumenta* e testamentos⁸¹.

E. GIMENEZ-ARNOU arrola ainda os seguintes nomes, colhidos das mais diversas fontes, para o notário romano: “*tabellio, tabularius, notarius, cursor, amenuensiis* ou *emanuensis, grafarios, librarius, scrivarius, cognitor, actuarius, chartularius, axceptor, libelense, censuale, refedendarius* ou *refrendaris, scriba, conciliarius, cancelarius, logographis, numerarius, cornicularius, diastoleos, epistolares e argentarios*”⁸². Para ser mais preciso, é possível enunciar o seguinte quadro:

Redatores Romanos ⁸³	
Apparitores	Indivíduos encarregados da redação e guarda de documentos. Faziam a guarda de documentos e o pretor utilizava seus serviços para a redação dos decretos e das resoluções. Deviam ser livres e isentos de cumprir o serviço militar. Também eram denominados <i>scribae, lictores, accensi, viatores, librarii, praecones, aruspices, tibirii, notarii, emanuenses</i> .
Librarii	Bibliotecários encarregados da conservação e cuidado com os livros.
Accensi	Colaboradores dos magistrados investidos de <i>imperium</i> .
Censuales	Redigiam, corrigiam, registravam e anotavam os dizeres dos <i>senatus</i> consultos, bem como distribuíam os editos expedidos pelos pretores, formando o direito pretoriano.
Aguaciles	Aqueles que servem para executar as ordens dos magistrados, como decretos de prisão e outros atos judiciais.
Notarii	Técnico na captação e redação da exposição oral de um terceiro, valendo-se de signos, abreviaturas, cifras, dentre outros elementos a captar com velocidade a palavra falada. Na atualidade poderiam ser taquígrafos. Os que tinham esta habilidade alcançavam posições no governo e no ambiente jurisdicional. Ajudante preciso para os advogados e magistrados.

deteriorava-se com facilidade, enquanto a madeira, de difícil transporte, era de maior durabilidade e conservação do documento. Dessa forma, a “*tabula cerata*”, no caso, a madeira, teve maior importância no apogeu da história romana, embora o papiro tenha prevalecido no mundo greco-romano posterior ao século III d.C. Cabe destacar os *chirographa*, documentos manuscritos em tabuinhas de madeira que se apresentavam às vezes em tipos mistos com a *testatio*, em papiro, em meio a formas documentais gregas. Cf. B. B. Q. de MORAES, *Direito Bancário...*, pp. 247-249.

⁸⁰ E. B. PONDÉ, *Origen...*, pp. 30-35.

⁸¹ E. GIMENEZ-ARNOU, *Derecho...*, p. 94.

⁸² E. GIMENEZ-ARNOU, *Derecho...*, pp. 92-93.

⁸³ E. B. PONDÉ, *Origen...*, pp. 33-35.

Rolandino Passaggeri, conhecido historicamente como o “príncipe do notariado”, não só pelos seus trabalhos, mas pelo academicismo estabelecido junto a catedráticos e comentaristas da escola notarial de Bolonha. Quando Gutenberg criou a imprensa e deu grande estímulo aos trabalhos editoriais das obras mais procuradas, entre elas estavam as de Rolandino. Pedro de Unzola, o maior discípulo de Rolandino, lhe seguiu os passos, inclusive na cátedra¹⁵¹.

Muito embora não seja possível assegurar serem os tabeliães e tabulários realmente os antecessores dos atuais notários, pelo tempo que se passou entre as disposições justinianeias e as regras visigóticas, tem-se verificado um elo condutor dos princípios fundamentais que se encontram desde a novela XLV de Justiniano até o Código de Eurico, no final da Idade Média. É certo que no final da Idade Média está consolidada a função notarial, inclusive estando estabelecido como um cargo público. A Idade Moderna não produziu fundamental alteração no notariado europeu.

QUADRO HISTÓRICO ¹⁵²	
Glosadores	Século XI e XII – Itália: desenvolve a doutrina notarial dos glosadores por meio da opinião dos doutores Martinus, Bulgarus, Jacobus e Hugus, sendo mais tarde refundida na glosa de Acúrsio. A teoria dos glosadores pode ser resumida em quatro pontos: (i) o notário, tabelião ou <i>tabullarius</i> são todos sinônimos, <i>instrumenta conficere</i> ; (ii) confecção de documentos judiciais e extrajudiciais; (iii) o documento, para ter validade, precisa ser <i>in publicam formam confectum</i> ; (iv) a redação prévia passa a ser indispensável – <i>a nota ou imbrevisatura</i> para que o <i>instrumentum</i> definitivo fosse pleno de validade e eficácia.
Canonistas	Entre 1.153 e 1.159: surge na cúria pontifical como cardeal <i>cancellarius</i> Rolando Bandinelli, que em 1159 acendeu ao sólio pontifício com o nome de Alexandre III. A Decretal Alexandrina (<i>Scripta authentica</i>) suprimia a eficácia dos documentos em que as testemunhas tivessem falecido ou que o selo apostado não fosse autêntico.
Doutrina dos Glosadores	Na <i>compilatio</i> I, Bernardo de Pavia distinguiu entre instrumento público e privado. O instrumento público é o revestido de autoridade pública com autenticidade e vigência geral. Subdivide-se em três: i) O documento notarial; ii) O documento judicial; e iii) O documento com selo autêntico. Já o documento privado tinha que ser subscrito por três testemunhas que precisariam estar vivas quando da produção de seus efeitos¹⁵³.

¹⁵¹ E. B. PONDÉ, *Origen...*, p. 166.

¹⁵² B. SÁ NOGUEIRA, *Tabelionato...*, pp. 15-51.

¹⁵³ O instrumento público era revestido de autoridade pública porque apresentava autenticidade geral e manifesta vigência geral. Podia ser de três tipos: a) o documento notarial (*instrumentum per manum publicam, i. e., per manum tabellionis in publicam formam factum*); b) o documento judicial (*instrumentum auctoritate iudicis in publicis actis deductum*, independentemente do escrivão que o fizesse); c) o documento com selo autêntico (*instrumentum publicum authentico sigilo signatum*). A *scriptura privata*, por sua vez, só poderia obter eficácia se fosse subscrita por três testemunhas (subentendendo-se que vivessem o suficiente para poderem asseverar a respectiva autenticidade). [B. SÁ NOGUEIRA, *Tabelionato...*, p. 19].

Officium tabellionatus	Com o século XIII (época clássica) surge a nova disciplina do direito notarial e as primeiras ordenações legais do <i>officium</i> notarial. Entre a legislação vigente estão as decretais de Gregório IX, que abarcam desde as decretais do Papa Gregório I (592 a.d.) até o IV Concílio de Latrão (1215). A credibilidade do notário residia no seu juramento, que apunha fé na confecção dos documentos. O ordenamento notarial da Igreja não se imiscuia nas formalidades notariais (<i>creatione notariorum</i>). O <i>instrumentum in publica forma redactum</i> observava a redação preliminar até a confecção final do documento. Caso o tabelião falecesse no transcurso da elaboração do documento, seu substituto concluía por “mandato judicial”¹⁵⁴. O valor do documento consistia na inexistência de vícios. i) Ars dictandi: era a disciplina que tratava da técnica de redação em consonância com as normas gramaticais, estilísticas e lógicas da composição textual (<i>dictamen</i>). ii) Literatura de Formulários: procurava uma formulação documental correta. Objetivava uma escrituração processual, bem como a adequada lavratura de escrituras públicas. Buscava desenvolver o conhecimento do direito material e formal. A lavratura de muitos documentos passava pela autorização da cúria episcopal, ou seja, do bispo por meio do vigário geral. Os documentos eram lacrados pelos <i>notarii curiae</i>.
Ars notariae	A <i>ars dictandi</i> era insuficiente para a complexidade dos grandes centros urbanos, por tal motivo o notariado de Bolonha fez surgir uma literatura especializada, que passou a ser denominada <i>ars notariae</i>. Produto da época pós acursiana, iniciou-se com a obra de Raniero de Perugia (1224-1234). Foi utilizada por cerca de um século até os estudos de Petrus de Unzola. O ápice do ensino notarial foi de Raniero de Perugia para Rolandino Passeggeri. i) Raniero de Perugia: escreveu a obra <i>Ars Notariae</i> entre 1224 e 1234, precedida da obra <i>Liber Formularius</i>, de 1214. Raniero de Perugia foi o primeiro a buscar a sistematização do direito notarial como ciência, notadamente na formulação dos negócios. Entendia que a ciência notarial era considerada um estudo teórico das bases jurídica da escrituração e a <i>Ars notariae</i> como técnica para a realização da escrituração. Pela primeira vez ocorre a tripartição dos negócios em contratos,

¹⁵⁴ “O *instrumentum in publica forma redactum* devia ser elaborado a partir da *nota*, ou redação preliminar, pelo próprio notário. Se esse falecesse antes de o fazer, ou seja, enquanto o instrumento se encontrava apenas *in nota redactum*, a redação em pública-forma teria de ser feita pelo notário em cuja posse ficassem as notas do falecido, após petição judicial se lavravam as actuações em notas originais (*acta originalia*) que o notário deveria conservar para delas dar traslado às partes. Um documento não notarial mas autêntico, como o testamento feito *coram presbytero* e perante duas ou três testemunhas, podia adquirir *forma publica* se fosse redigido o respectivo *instrumentum* por um notário, mediante mandato judicial (*publicatio*). Em termos gerais, o *exemplar instrumenti*, ou seja a transcrição notarial de qualquer documento, fazia fé se fosse autorizado (*publicatum*) pelo notário e expedido mediante mandato judicial” [Cf. B. SÁ NOGUEIRA, *Tabelionato...*, p. 22].

2

INSTITUIÇÃO NOTARIAL

2.1 Introdução

O presente trabalho, dentre outros escopos, almeja a estruturação do sistema notarial, partindo do pressuposto de que “sistemas não são construídos pela ciência dogmática por puro gosto especulativo”. O ponto central é a decidibilidade de conflitos que possam surgir no trato social. Ainda, segundo Tércio Sampaio FERRAZ JR., os sistemas dogmáticos não são rigorosamente lógicos, muito embora apresentem coerência por aglutinar as partes e os elementos do sistema em um todo orgânico²⁹⁸. No caso do direito notarial, para que se possa construir um sistema, é imprescindível recorrer às normas de direito constitucional, administrativo, penal, empresarial, processual e fundamentalmente, civil, compondo-o ainda normas tributárias, entre tantas outras.

Daí entra a importância do conceito para o sistema. É imprescindível haver um núcleo organizador do sistema. E, por isso, ocultam, por trás de uma análise quase-lógica, elementos axiológicos²⁹⁹.

2.2 Conceito

O conceito, para a dogmática jurídica, precisa abarcar todas as categorias do sistema e ao mesmo tempo apresentar a sua essência. É imprescindível, na apresentação dos conceitos, a aferição da operacionalidade do sistema³⁰⁰.

O sistema jurídico contém regras jurídicas e essas se formulam com os conceitos jurídicos³⁰¹. Continua o renomado autor, salientando a importância que tem a precisão e a exatidão dos conceitos, a boa escolha e a nitidez deles e a necessidade do rigor da concepção e da formulação para o fenômeno da decidibilidade³⁰². Não é possível a adoção do método conceptualístico na interpretação jurídica em que os conceitos sobrepujavam as próprias normas³⁰³.

Tal o grau de complexidade do direito notarial que, observando os conceitos apresentados por vários estudiosos, é possível verificar que nenhum deles é preciso a ponto de apresentar todo o arcabouço do referido sistema. Dessa maneira, formular-se-ão dois conceitos distintos, um para definir sua atividade, sob o ponto de vista de sua estrutura administrativa, e outro para estabelecer a sua funcionalidade.

Quanto à estrutura administrativa é possível afirmar que o direito notarial é um conjunto de princípios e regras que disciplina a vida do tabelião desde a sua preparação para a

²⁹⁸ Tércio Sampaio FERRAZ JR., *Introdução...*, p. 95.

²⁹⁹ Arremata o autor “em suma, ao distinguir, definir, classificar, sistematizar, a ciência dogmática, está às voltas com a identificação do direito, tendo em vista a decidibilidade de conflitos” [Tércio Sampaio FERRAZ JR., *Introdução...*, p. 68].

³⁰⁰ Cf. Tércio Sampaio FERRAZ JR., *Introdução...*, p. 68.

³⁰¹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, vol. I, pp. 14-15.

³⁰² F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, vol. I, p. 15.

³⁰³ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, vol. I, pp. 15-16.

outorga da delegação até a extinção da mesma, regendo as relações deontológicas e todo arcabouço administrativo do múnus notarial.

Quanto à funcionalidade, é possível asseverar que o direito notarial é um conjunto de princípios e regras, notadamente de direito privado³⁰⁴ que disciplina a atuação do tabelião junto ao usuário, autenticando fatos e instrumentalizando, de forma lícita e regular, a vontade para satisfação dos mais diversos interesses jurídicos, visando ainda a pacificação social³⁰⁵.

Observando, simplesmente, estes dois conceitos, já é possível intuir que a atividade notarial possui um viés público e um viés privado, matéria que será pormenorizada a seguir.

No segundo conceito está presente a arte notarial – *ars notariae* – em outras palavras, o Direito Notarial é o conjunto de princípios e normas que direcionam o serviço exclusivo do tabelião de notas na captação e trasladação da vontade das partes, dotada de conteúdo ao qual se conferirá autenticidade por meio de formalização jurídica³⁰⁶. Com efeito, o tabelião torna essa vontade existente, válida, eficaz e efetiva. Para tanto, tem-se um conjunto ou sistema, em grande parte das vezes harmônico, de princípios, regras e normas de direito público e privado, que ao fixar uma técnica procedimental, determinam a organização, o funcionamento e a efetividade da atividade notarial em atendimento aos interesses individuais e coletivos, dotados de fé pública.

Desse modo, confere-se publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos, tendo como mote secundário a prevenção de litígios e a busca da pacificação social. A autenticidade conferida pela fé pública garante segurança jurídica às relações e, por decorrência lógica, materializa a prevenção de litígios.

O notário opera como equilibrador de forças, portanto, é dito que sua atuação deve ser sempre isonômica e equidistante das partes envolvidas.

O notário desempenha também função de assessoria e ponderação, buscando a imparcialidade. Importante esclarecer, que se trata de atividade muito diversa do papel de aconselhador jurídico do advogado, pois o tabelião realiza o aconselhamento em interesse do ato notarial (dotado de interesse público e privado), enquanto o advogado aconselhará apenas em favor exclusivo da parte que o contratou.

Diz-se que a atividade é típica e privativa, pois possui respectivamente função própria prevista em lei e, no Brasil, é de incumbência exclusiva do notário dotado de fé, decorrente do ato de delegação (art. 236 CF). Por conseguinte, em primeiro lugar, materializa a formação legal da vontade, conferindo publicidade futura e segurança jurídica aos atos e, apenas

³⁰⁴ Segundo V. RÁO, direito privado “é o conjunto sistemático de princípios e de normas que disciplinam as relações, desprovidas de natureza política ou jurisdicional, que os indivíduos mantêm entre si, ou com o Estado, ou com as entidades por ele criadas para a realização de seus fins próprios”, cf. *O Direito...*, p. 227.

³⁰⁵ Uma infinidade de autores, enumerados por C. N. GATTARI, já se dispuseram a conceituar o direito notarial. Cf. *El objeto...*, pp. 48-50: “Entre los diversos autores he espigado algunas definiciones del derecho notarial – o algo que se le asemeje –, con el fin de estudiar los distintos objetos formales que podrían concluirse. (...) 1) BARDALLO: ‘Sistema jurídico que tiene por objeto regular la forma jurídica y la autenticidad de los negocios y demás actos jurídicos, para la realización pacífica del derecho. (...) 3) GIMENEZ-ARNOU: ‘Conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público’. (...) 5) LARRAUD: ‘Conjunto sistemático de normas jurídicas que se relacionan con la conducta del notario; pero esa actividad suya debe ser entendida ampliamente como actividad cautelar, de asistencia y regulación de los derechos de los particulares’. 6) MARTÍNEZ SEGOVIA: ‘El objeto formal de la función notarial, o sea su fin...’, ‘es la seguridad, valor y permanencia, de hecho y de derecho, del documento notarial y de su contenido’. 12) TERCER CONGRESO: ‘Conjunto de disposiciones legislativas, reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial’. (...)”.

³⁰⁶ Art. 1º da Lei nº 8.935/1994: “Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”.

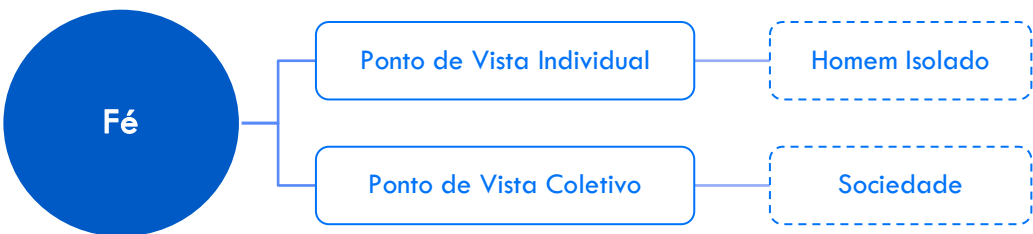
Atividade Notarial	Atividade Registral
•Meio •Interesse indiretamente difuso e diretamente particular	•Fim •Interesse diretamente difuso e indiretamente particular

Eis a razão por que se trabalha com um conjunto e sistema de princípios e regras, não apenas de direito privado – apesar de fundamentalmente de direito privado – mas também de direito público, mormente a partir da constitucionalização do sistema. A propriedade, por exemplo, envolve direito público, o contrato também é um direito público, pois cumpre função social, daí a necessidade da qualificação e controle dos atos de direito público e de direito privado.

Enfocamos ainda, o direito como o modo de organização e funcionamento próprios, que busca sempre a efetividade, por meio da técnica, em detrimento de um sistema filosófico ou empírico. Estamos no plano normativo técnico do conhecimento, como meio para a solução de conflitos individuais e coletivos.

2.3 A Fé Notarial

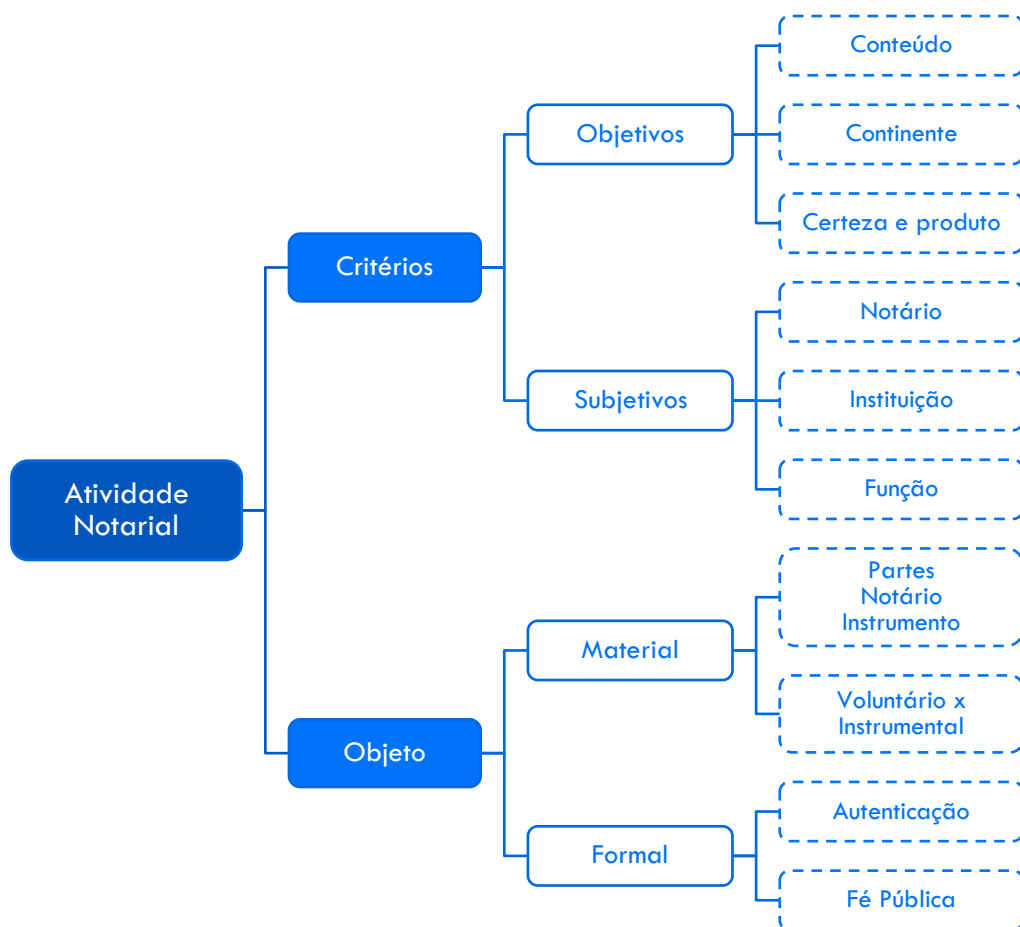
Segundo E. GIMENEZ-ARNAU etimologicamente *fides* deriva de *facere*. A raiz latina tem um precedente grego *peithein*, que significa convencer, assentir a algo. A expressão fé pública é uma especificação adjetiva do substantivo fé. Aquele que tem fé, tem uma convicção, uma crença, uma certeza, uma segurança, uma confiança³¹⁰. A fé pode ser vista de maneira individual, na figura de um homem isolado ou pode ser vista sob o ponto de vista social, abrangendo uma coletividade ou grande parte dela. A fé individual é aquela que depende de cada sujeito, que vem a adquiri-la por um processo intelectual, baseado em fatos relacionados à nossa razão. É possível que esteja fundada em uma graça sobrenatural, a qual chamamos de fé religiosa³¹¹.



A fé individual tem sua primeira manifestação no testemunho da nossa consciência e do nosso conhecimento. Mais ainda, pela natural inclinação da própria natureza humana, que deseja inquirir o porquê da existência. Assim, tudo que advém dos órgãos sensoriais passa a gerar compreensão e se torna efetivamente real. O homem se vale de dois meios: intrínsecos e

³¹⁰ E. GIMENEZ-ARNAU, *Derecho...*, p. 36.

³¹¹ E. GIMENEZ-ARNAU, *Derecho...*, pp. 37-37.



Prosseguindo, deve haver nos objetos materiais mencionados, um sentido próprio que resulte em um plano de incidência específico, desaguando no objeto formal da atividade.

Por objeto formal da atividade tem-se: a) a autenticação (*quod*) e b) a fé pública (*sub quod*). Pode-se afirmar, sem qualquer hesitação, que a função notarial consiste essencialmente na autenticação de fatos³⁵³. A autenticação é a única função notarial de caráter permanente, a de maior transcendência pública e a que determina a existência, causa e origem de todas as demais funções.

A autenticação expressa: (i) a realidade de um acontecimento, (ii) a presunção de veracidade de uma afirmação sobre um fato feita por determinada pessoa, (iii) um produto da verdade oficial, derivada do ofício do tabelião. Os feitos humanos são temporais e devem ser corporificados, sob pena de desaparecimento, é nesse sentido que se produz um instrumento público autêntico ou potencialmente autêntico. A veracidade advém da evidência e refere-se temporalmente aos feitos presentes e especialmente aos que ocorrem dentro da competência territorial, apesar de ser possível a autenticação de feitos pretéritos, ocorridos fora da demarcação territorial.

³⁵³ C. A. PELOSI, *Los Principios...*

2.4.2 As Teorias da Fé, Instrumentalista, Subjetivista, Funcionalista e Enciclopédica

2.4.2.1 Introdução

Grande parte das teorias a respeito do direito notarial são produtos da Escola de Bolonha, surgidas especialmente durante os séculos XII e XIII e exerceram grande influência nas leis do notariado europeu no século XIX - na França, com a Lei de Ventoso - bem como na América - a lei orgânica do notariado argentino de 1878³⁵⁴.

O direito e os ramos do direito, como é o caso do direito notarial, podem ser objeto de teorias básicas, informativas ou diretivas, podendo sofrer uma série de enfoques. As teorias sob análise estão sob o enfoque dogmático muito mais do que sob o zetético. Sob o ponto de vista zetético, a análise das teorias ocorre sob um prisma de dúvida e questionamento (*zetein*). Porém sob o ponto de vista dogmático, parte-se do princípio da inegabilidade do ponto de partida (*dokein*), tornando inquestionável o ponto inicial do raciocínio³⁵⁵.

2.4.2.2 A Teoria da Fé Pública

A teoria da fé pública, indubitavelmente, é a mais antiga e clássica teoria sobre a função notarial e estabelece como maiores objeto e função do notário³⁵⁶ outorgar fé aos documentos que subscrevem e autenticam.

Muito embora, seja a teoria mais antiga, alguns entendem superada porque a escritura pública tem força própria e a outorga de fé ocorre pelo ordenamento jurídico, ou seja, pelas fontes do direito, quer sejam legais, quer consuetudinárias e não pelo notário em si³⁵⁷, conforme verificou-se no item próprio sob o tema.

2.4.2.3 A Teoria Instrumentalista

A teoria instrumentalista é essencialmente formalista e coloca a forma pública como objeto maior da atividade. Nessa perspectiva, o notário utiliza um instrumento público para conferir autenticidade ao documento.

Sob tal ponto de vista, o notário acaba por se transformar em ente secundário, pois a essência da atividade é a forma. Para ilustrar vale a leitura do art. 215 do CC, que delimita em seus parágrafos os requisitos e características da forma adotada pela escritura pública.

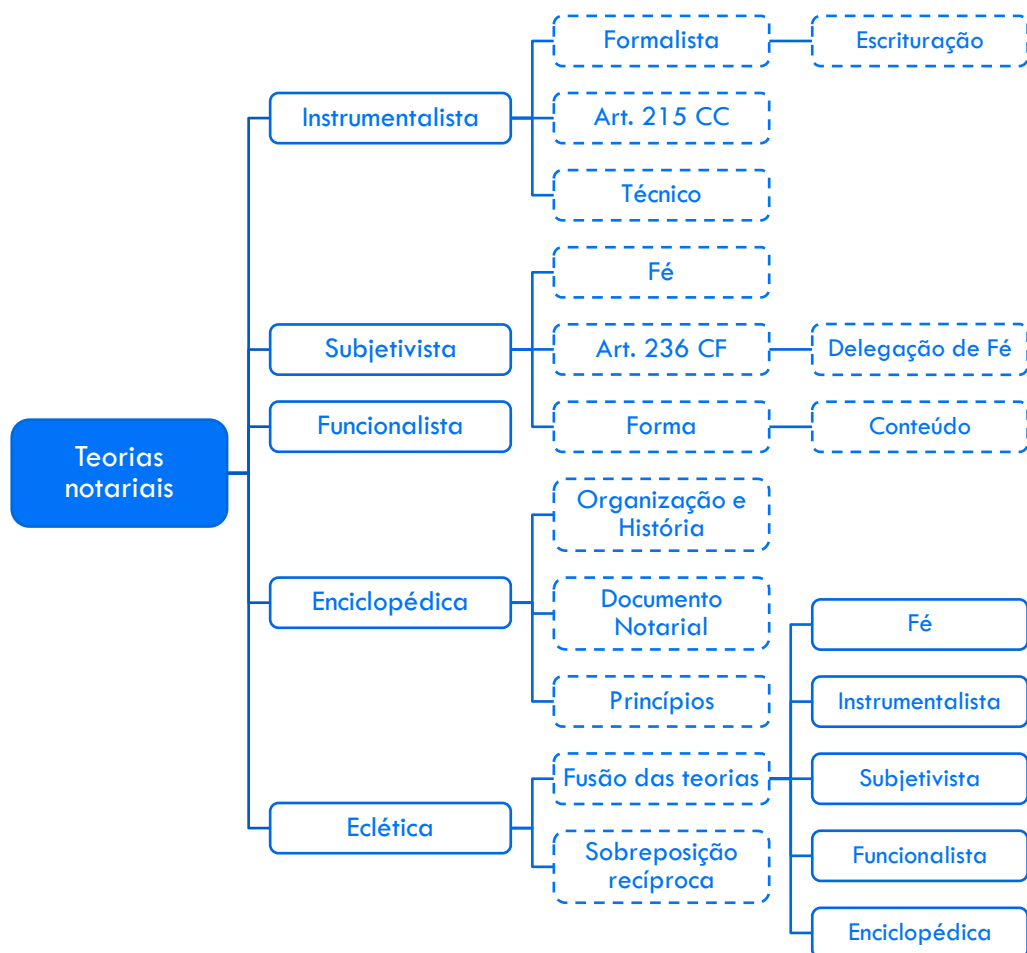
Outro exemplo é a diferenciação entre a procuração particular e a pública, que se dá justamente pelo grau de formalidade e solenidade da procuração feita por um notário, que devem ser suficientes para conferir a autenticidade à vontade do outorgante. Neste contexto, o tabelião seria um técnico que executa a atividade conforme formalidades determinadas.

³⁵⁴ Também no código civil argentino, por influência da teoria instrumentalista, existe uma seção dedicada à escritura pública. Cf. R. LARRAUD, *Curso...*, p. 90.

³⁵⁵ Tércio Sampaio FERRAZ JR., *Introdução...*, pp. 24-25.

³⁵⁶ J. E. G. SALCEDO, *Derecho...*, pp. 27-28.

³⁵⁷ J. E. G. SALCEDO, *Derecho...*, p. 28.



2.5 Natureza Jurídica

Natureza jurídica é a essência de um ser, revelada por meio de suas características. Ao abordar a natureza jurídica, o que se tem em mente são as características que revelam a essência do direito, no caso, o notarial³⁶².

Muito embora respeitada a posição acima, é melhor traduzir a natureza jurídica como a localização do instituto dentro do sistema, por meio de um processo lógico de aproximação de institutos, tanto com base na técnica jurídica legislativa quanto com base estrutural e principiológica. A natureza jurídica busca o significado último do instituto jurídico e a afinidade que ele guarda com uma grande categoria jurídica, podendo nela incluir-se a título de classificação³⁶³. Tratar a natureza jurídica como essência pode gerar certa confusão entre

³⁶² J. O. ASCENSÃO, s.v. *Natureza das Coisas*, in R. LIMONGI FRANÇA (coord.), *Enciclopédia...*, vol. LX, p. 95.

³⁶³ Maria Helena DINIZ, s.v. *Natureza Jurídica*, in *Dicionário...*, vol. III, p. 336.