

Diálogo das Fontes e Direito Notarial

Martiane Jaques La Flor

Mestre em Direito pela Universidade Federal
do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Especialista em Direito Imobiliário e
em Direito Notarial e Registral
Advogada e professora de Direito

RESUMO

O trabalho, elaborado no formato do plano francês, versa sobre a possibilidade de aplicação do método do Diálogo das Fontes no ramo do Direito Notarial, ramo do Direito Público que, todavia, se vale de leis privadas para a prática dos seus atos. O tabelião de notas, profissional do Direito que possui competências notariais e, entre elas, a exclusividade na lavratura de testamentos públicos e aprovação de testamentos cerrados, constitui uma *longa manus* do Estado e, sendo assim, tem o dever de assegurar os princípios da igualdade, da não discriminação e da eficiência, bem como o princípio fundante da dignidade da pessoa humana. Dentro desse escopo reconheceram-se diálogos no regramento jurídico da prática de testamentos efetivando direitos fundamentais dos portadores de deficiência no âmbito extrajudicial.

Palavras-chave: Diálogo das fontes. Direito Notarial. Tabelião. Portador de deficiência.

ABSTRACT

The paper, elaborated in the French plan format, discusses the possibility of applying the method of dialogue of sources in the branch of Notary Law, branch of public law which, however, relies on private law to practice their actions. The notary, professional law who has notarial competencies and among them exclusivity in drafting public testaments and approbation of closed testaments, is a State's *longa manus* and in this way has the duty to ensure the principles of equality, non discrimination and efficiency, as well as the founding principle of human dignity. Within this scope is recognized dialogues in the legal rules of testament's practice effecting fundamental rights of the disabled people in extrajudicial circuit.

Keywords: Dialogue of sources. Notary Law. Notary. Disable people.

Introdução

O presente trabalho de investigação científica versa sobre a possibilidade de aplicação do método do diálogo das fontes no Direito Notarial brasileiro. Sua estrutura está da seguinte maneira sedimentada: primeiramente se abordaram aspectos gerais da matéria de Direito Notarial, dividindo-os entre um esboço sobre as fontes de Direito Notarial e a análise de sua natureza jurídica de função estatal exercida por agentes públicos que são os delegados dos Tabelionatos de Notas. E, sendo assim, uma função estatal, consideraram-se os princípios da igualdade e da inserção das minorias, princípios esses largamente amparados pelo Estado.

Foram propostos, então, diálogos dentro do Direito Notarial, encontrando, desse modo, a possibilidade de aplicação do método do Diálogo das Fontes nessa área do Direito. Dois exemplos concretos foram aviltados, especificamente casos condizentes com a lavratura de testamentos. E, nessa ótica, analisou-se o aparente dissenso encontrado entre as normas do Código Civil que versam sobre a capacidade de os substitutos dos tabeliães lavrarem testamentos e a Lei 8.935/94, denominada Lei dos Notários e dos Registradores (LNR). Por outro lado, analisaram-se as peculiaridades impostas aos portadores de deficiência, mormente cegos e surdos-mudos, na lavratura de testamentos ordinários e entendeu-se correto haver um diálogo, novamente do Código Civil, o qual faz ditas imposições, com o decreto regulamentador da lei que dispõe sobre o apoio e inserção das pessoas portadoras de deficiência (Lei 7.853/89 e Dec. 3.298/99) em prol de se assegurar o princípio da igualdade material preconizado pela Constituição Federal de 1988 e em última *ratio* o da dignidade da pessoa humana.

1 Fundamentos do Direito Notarial brasileiro

Iniciamos com o questionamento do que se entende por Direito Notarial. Brandelli (2009, p. 96) conceitua Direito Notarial como:

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

No que tange à classificação do Direito Notarial em Público ou Privado, muito embora haja quem negue essa diferenciação

(Kelsen – para o renomado autor todo o Direito é Público, uma vez que se identifica com o próprio Estado), a maioria da doutrina, assim como nós, aqui nos valendo de Reale (1979, p. 336), identifica essa separação. Por outro lado, há quem defenda, como Gusmão (2011, p. 148), a existência de um Direito Misto, no qual há tutela tanto do interesse público quanto do privado, como ocorre no Direito do Trabalho e no Direito de Família. Esse autor, citando o direito romano, afirma que “o direito público é o que diz respeito ao Estado romano; o privado atende ao interesse de cada um, isto porque há coisas de interesse público, outras de interesse privado” (GUSMÃO, 2011, p. 148), definição que perdura até os dias atuais, ou seja, será considerado Direito Público se a matéria versar sobre o Estado e o seu interesse.

Martins (1979, p. 89) afirma que o Direito Notarial é Direito Privado, porque é privada a sua área de atuação e consequentemente privado o interesse maior revelado na relação jurídica pertinente. Contrária é a opinião da maioria da doutrina, que advoga que o Direito Notarial é Direito Público, conforme verificamos na lição de Pugliese (1989, p. 13): “[...] trata-se de ramo público do direito [...] deve, sem qualquer objeção, integrar a classe dos ramos públicos, excluindo-se assim daqueles considerados privados”.

Amparando-nos, novamente, de Brandelli (2009, p. 127): “O direito notarial regula em última análise a intervenção estatal na esfera do desenvolvimento voluntário do direito, regula a intervenção estatal, por meio de agente seu nas relações jurídicas estabelecidas entre os particulares visando à segurança e certeza jurídicas e a paz social”. Essa é a mesma lição de Follmer (2004, p. 61): “o direito notarial pertence ao Direito Público, pois, antes de regular os interesses privados, o direito notarial trata de matéria de interesse público”. Muito embora o Direito Notarial seja vinculado ao Direito Público, absorve as normas do Direito Privado, vejamos as fontes desse ramo do Direito.

1.1 Fontes do Direito Notarial

O Direito Notarial não possui lei específica que discipline a maneira como se devam lavrar os atos praticados nos Tabelionatos de Notas, tal como há para os Tabelionatos de Protesto (Lei 9.492/97 - LNR) e para os Registros Públicos (Lei 6.015/73- LRP). Há, sim, um apanhado de leis, como já referido. A Lei 8.935/94 traça apenas competências, infrações e deveres a que os serventuários extrajudiciais estão submetidos. Com isso, os Tabeliães de Notas acabam cumprindo fielmente

os provimentos e ofícios editados pelas Corregedorias dos seus estados¹ correspondentes, até mesmo porque a responsabilidade desses agentes é objetiva², assim é, pois, apesar de os equivocadamente denominados “cartórios”³ possuírem cadastro nacional de pessoa jurídica – CNPJ –, são considerados entes despersonalizados⁴, sendo a responsabilidade pessoal e permanente da pessoa física titular que exercer a atividade (art. 14, LNR).

Cartórios, ou, em melhor redação, serviços notariais e de registros, são arquivos públicos, ou seja, têm a função de tornar públicos os atos lá praticados, salvo algumas exceções elencadas na lei.

Notário ou Tabelião de Notas é o profissional de Direito que responde por um serviço notarial. Ele é portador de fé pública, conferida pelo Estado, e seus atos são qualificados de segurança jurídica, já que lhe é vedada a lavratura de atos eivados de nulidades. Tais serviços consistem em dar conselhos com imparcialidade e, quando a lei exigir, ou as partes necessitarem, dar caráter autêntico aos atos que redigem, conferindo segurança e perenidade aos atos jurídicos e, por conseguinte, assegurar a prevenção de conflitos (arts. 1º, 3º e 6º da Lei 8.935/94).

Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (art. 236, CF). Delegar é passar funções e, desse modo, estaremos diante da administração descentralizada, uma vez que o Poder Público não concentrará essas prestações de serviços em alguns de seus órgãos, mas vai atribuí-las a outra pessoa, jurídica ou não (no caso dos cartórios, pessoa física, conforme já referido); o que “não transforma o delegado em servidor público. Apenas investe o particular nos

¹ No Estado do Rio Grande do Sul, compilaram-se tais ofícios e regimentos no Provimento Nº 32/06-CGJ, que deu origem à Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul, disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Junho_2013_Provimento_14_2013.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2014.

² Art. 22, LNR: “Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos”.

³ Após a vigência da Constituição Federal de 1988, o termo “cartório” foi substituído pela expressão “serventia notarial e/ou registral”, a depender da sua competência funcional.

⁴ “Processo Civil. Cartório De Notas. Pessoa Formal. Ação Indenizatória. Reconhecimento De Firma Falsificada. Ilegitimidade Passiva. O tabelionato não detém personalidade jurídica ou judiciária, sendo a responsabilidade pessoal do titular da serventia.” (STJ, 4ª Turma. Recurso Especial nº 545.613-MG. Rel. Min. César Asfor Rocha).

poderes para a prática de ato considerado como função pública” (GRAEFF JR., 1998, p. 90).

Ao exercer esses serviços notariais e registrais de maneira privada, poderá o titular livremente escolher seus empregados (art. 20, LNR) e entre eles os substitutos, que no magistério de Ceneviva (2009, p. 76) são “o[s] empregado[s] com capacitação técnica plena, habilitado[s] a praticar simultaneamente com o titular todos os atos da atividade tabelioa ou os relacionados na LRP”. Livre também é a escolha do notário pelo testador, uma vez que é livre a escolha do Tabelião de Notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio (art. 8º, LNR), podendo este profissional agir em diligência dentro da circunscrição para a qual recebeu a delegação (art. 9º, LNR).

A remuneração dos empregados é livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho, sendo divididos, coforme Ceneviva (2010, p. 73), em: “auxiliar”, que é o empregado contratado para serviços gerais, com ou sem capacitação técnica para o ofício registrário ou notarial; “escrevente”, que é o empregado com capacitação técnica para o serviço – e aqui o autor faz a ressalva que este não poderá lavrar testamentos no caso do Tabelionato de Notas; “escrevente substituto” é o empregado com capacitação técnica plena, habilitado a praticar simultaneamente com o titular todos os atos da atividade tabelioa; “escrevente encarregado” é um dos substitutos que supre o titular em suas ausências e impedimentos. Havendo extinção da delegação, o substituto mais antigo assumirá a responsabilidade frente à serventia (art. 39, § 2º, LNR).

O gênero notário está constituído das espécies tabelião de notas e tabelião de protesto. O tabelião de notas possui competência exclusiva para, entre outros atos⁵, lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados (art. 7º, II da Lei 8.935/94). E é sobre essa competência que pretendemos tratar neste trabalho, portanto, quando o termo tabelião for utilizado, refere-se ao tabelião de notas. Passamos, agora, para uma análise histórica do notariado, culminando em sua natureza jurídica.

1.2 Natureza jurídica: a atividade notarial como atividade estatal

No período histórico em que ocorreu o descobrimento do Brasil, os notários eram alicerces importantes nos registros dos

⁵ Art. 7º, LNR: “Aos tabeliões de notas compete com exclusividade: I - lavrar escrituras e procurações, públicas; II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados; III - lavrar atas notariais; IV - reconhecer firmas; V - autenticar cópias”.

acontecimentos, sendo sempre levados nas expedições da Coroa portuguesa. O primeiro notário a pisar o solo brasileiro foi Pero Vaz de Caminha. De acordo com a história, já em Roma havia os *notarii*, que não exerciam funções públicas, limitando-se a redigir os atos jurídicos mediante notas. Mais tarde, no Baixo Império, desenvolveram-se os *tabelliones*, que redigiam inicialmente em tabuletas (*tabulae*) e depois em protocolos, porém, somente com Justiniano I, por volta dos anos 527, que foi regulamentada a profissão dos tabeliães (MARTINS, 1979, p. 7).

As normas de Direito Notarial providas das Ordenações Filipinas perduraram até o ano de 1981, quando então se modificou o artigo 134 do Código Civil de 1916 pela Lei 6.952, como podemos perceber no voto dos Embargos no Resp 78.570- PR do Ministro Relator Rodrigues Alckmin, datado de 19 de novembro de 1975:

[...] diga-se a este respeito que, com a independência do Brasil, o direito anterior não foi abolido do território nacional. Ao contrário. De maneira expressa, a lei de 20 de outubro de 1823 dispôs em seu art. 1º 'as ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal e pelas quais o Brasil se governava até o dia 25 abril de 1821, em que sua Majestade Fidelíssima, atual rei de Portugal e Algarves, se ausentou desta Corte'; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Sr. D. Pedro de Alcântara, como regente do Brasil, em quanto [sic] reino, e como imperador constitucional dele, desde que se erigiu em império, ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas, para por elas se regularem os negócios do interior deste império, enquanto se não organizar um novo código, ou não forem especialmente alteradas.

[...] continuaram, portanto, vigentes as normas das Ordenações Filipinas relativas às funções dos tabeliães e aos outros requisitos das escrituras, como normas de Direito brasileiro, embora alteradas em parte por leis ulteriores.

[...] O Código Civil revogou as Ordenações no concernente 'às matérias de direito civil reguladas pelo mesmo código'. Continuam em vigor, portanto, normas das Ordenações quanto a requisitos das escrituras públicas.

Assim, o Direito brasileiro sorveu diretamente do Direito português na referida matéria. Também quanto às nomeações, visto que era o rei quem nomeava os tabeliães:

Crear de novo Tabelliados a Nós sómente pertence, e não a outrem; por tanto defendemos, que pessoa al-

guma, de qualquer dignidade, estado e condição que seja, não faça de novo Tabellião algum, assi de Notas, como do Judicial, na terra, ou terras que de Nós tiver (Livro II, tít. XLV, § 15). (BATALHA, 1984).

Os provimentos dos cargos de tabelião, tal como se dava em Portugal, ocorriam ou por meio de doação, sendo o donatário investido de direito vitalício, ou por compra e venda, ou, até mesmo, por sucessão *causa mortis*. Somente em 11 de outubro de 1827 foi editada lei que proibiu tais tipos de provimentos, exigindo pessoas idôneas para o exercício do ofício (BRANDELLI, 2009, p. 39).

Os tabeliões e os registradores faziam parte dos foros extrajudiciais que, juntamente com os judiciais, compunham a organização judiciária no Brasil, passando em 1930 a ter tratamento autônomo.

Por muito tempo entendeu-se que esses profissionais integravam os quadros dos servidores da justiça, muito embora não remunerados pelo erário, e sim por custas, ou seja, emolumentos, que, no magistério de Melo Jr. (2005, p. 129), são “a contraprestação remuneratória, paga pelo interessado ao prestador do respectivo serviço notarial ou registral, decorrente de relação jurídica obrigacional legal, e com quanto [sic] fixado em lei”.

A doutrina de direito administrativo, com ênfase em Hely Lopes Meirelles⁶ e Celso Bandeira de Mello⁷, sempre os denominou como particulares com colaboração com o Poder Público, ou seja, agentes públicos que exercem função estatal.

⁶ “Agentes delegados: são particulares - pessoas físicas ou jurídicas, que não se enquadram na aceção própria de agentes públicos - que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do estado e sob a permanente fiscalização do delegante. [...] constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público” (MEIRELLES, 2009, p. 82).

⁷ Dentro dessa categoria, o autor abre uma subclassificação, enquadrando os notários como “delegados de função ou ofício público”, ressaltando que estes não se confundem com os concessionários e permissionários, pois nestes a atividade desempenhada é material e naqueles, jurídica. E segue o autor afirmando que a delegação não se confunde com uma simples habilitação, ou seja, ato meramente recognitivo de atributos pessoais para o desempenho de tais funções. A habilitação aferida em concurso público é pressuposto para a investidura, já que a delegação propriamente dita é ato sucessivo ao concurso no qual adjudica um serviço a dado sujeito, perdendo-a somente nas hipóteses elencadas na Lei 8.935/94, em seu artigo 28 (MELLO, 2010, p. 252-253).

A partir do Decreto de 2 de outubro de 1851, a instituição perdeu sua independência⁸, tornando-se um serviço subordinado e fiscalizado pelo Poder Judiciário, assumindo caráter de serviço auxiliar (extrajudicial), embora suas funções nada tenham em comum com as atribuições peculiares a esse Poder.

Desde a revolução de 1930 já se aventava a possibilidade de estatização desses serviços, porém isso foi rechaçado, tendo-se em vista a eficiência do trabalho prestado por eles.

A emenda constitucional nº 1 de 1969 que trouxe a Constituição de 1969, alterando a Carta de 1967, estabeleceu em seu artigo 144, § 5 que cada Tribunal de Justiça estabeleceria em resolução sobre a sua organização judiciária. Posteriormente, a Lei Complementar 5.621/70 introduziu no âmbito da organização judiciária os “serviços auxiliares da justiça, inclusive tabelionatos e ofícios de registros públicos”. E, dessa maneira, procedeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul classificando esse grupo em servidores extrajudiciais. E, por esse motivo, muitos juristas os rotulavam como funcionários públicos, e não como agentes delegados que são.

O próprio Código de Organização Judiciária desse estado em seu artigo 90, com redação dada pela Lei 11.133/98, reza: “os Serviços Auxiliares da Justiça são constituídos pelos ofícios que integram o Foro Judicial e o Extrajudicial e, bem assim, o das Secretarias do Tribunal de Justiça”. E, no art. 103: “São servidores do Foro Extrajudicial: [...] II - sob o regime privatizado de custas: 1 – Tabeliães”; destarte, percebe-se que estão alocados junto ao Poder Judiciário.

Após a Constituição de 5 de outubro de 1988, o termo “cartório” foi substituído pela expressão “Serviços Notariais e Registrars”, conforme texto do art. 236, o qual transformou o regime jurídico do Notariado, dispondo que seus serviços seriam exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, privatizando-se, assim, os tabelionatos e registros públicos. Segundo a Constituição, uma lei ordinária deveria regular as atividades notariais; sobreveio, conseqüentemente, a Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994.

A emenda constitucional nº 22 de 1982 trouxe o artigo 208 à Constituição Federal de 1967/69:

Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da

⁸ Desde o seu nascimento, regida pelas Ordenações Filipinas, ostentava autonomia.

lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983.

Não obstante o referido artigo e o artigo 19⁹ do ADCT da Constituição Federal de 1988, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sustenta que qualquer vaga em serventia extrajudicial após a promulgação desta deve ser provida mediante antecedente certame público.

As serventias vagas deveriam ser assim declaradas, pelo Tribunal de Justiça respectivo, porém, com a ausência dessas declarações, o CNJ abriu procedimento administrativo¹⁰ destinado a apurar a regularidade das delegações de serviços notariais em todo o território nacional, no qual o Ministro Gilson Dipp, então Corregedor Nacional de Justiça, através da Resolução 80, em 22 de janeiro de 2010, publicou a Relação Provisória de Vacâncias em todas as unidades da Federação, identificando-as como irregulares e declarando-as vagas. Muitas impugnações foram interpostas, sustentando, em síntese, a insubsistência da declaração de vacância, entre outros motivos, por estarem atendidos os requisitos estabelecidos pela EC 22/82 e pelo artigo 19 do ADCT da CF/88, bem como por ser inviável a desconstituição de ato administrativo proferido há mais de cinco anos, diante do primado da segurança jurídica. Nova decisão se fez valer, em julho de 2010, declarando novamente a vacância das serventias indicadas, sob o argumento de que as investiduras seriam nulas e, por isso, não passíveis de convalidação pelo transcurso do tempo.¹¹

⁹ “Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.”

¹⁰ Pedido de Providências 0000384-41.2010.2.00.0000.

¹¹ “O poder-dever da Administração de rever seus próprios atos encontra-se expresso no art. 54 da Lei nº 9.784/99, que define o prazo-limite de 5 anos para que a Administração possa anular os atos administrativos. O prazo estabelecido no referido artigo não se aplica para a declaração de nulidade de ato administrativo ilegal, mas tão somente aos atos anuláveis. Há reiteradas decisões do C. Supremo Tribunal Federal no sentido de que na atual ordem constitucional a investidura na titularidade de unidade do serviço extrajudicial, cuja vacância tenha ocorrido após a promulgação da Constituição Federal de 1988, depende da realização de concurso público para fins específicos de delegação, inexistindo direito adquirido ao que dispunha o artigo 208 da Constituição Federal de 1967, na redação da EC 22/1982, quando a vaga ocorreu já na vigência da Constituição Federal de 1988 (RE 182641, 378347 e 566314, MS 27118 e 27104, Agravos de Instrumento 516427 e

Em seguida, foi editada a resolução 81 do CNJ, que regulamentou a forma que se dariam os concursos públicos em todo o Brasil. Concretamente, sobreditas resoluções não vêm sendo seguidas pelos estados da Federação como deveriam.

743906, ADI 417- 4, 363-1 e ADI/MC 4140-1, dentre outros). Portanto, a titularização em um serviço notarial extrajudicial vago após a vigência da Constituição Federal de 1.988, de pessoa que não prestou concurso público regular, é ato que se dá em clara afronta ao princípio republicano da impessoalidade e ao princípio da estrita legalidade administrativa. Pela intensidade do vício, a transformação do interino em titular de um serviço extrajudicial é ato nulo e não simplesmente anulável. [...] Assim, designação posterior a 05 de outubro de 1988, que não seja decorrente de concurso público regular, só pode ter ocorrido a título precário, pouco importando o nome que lhe foi atribuído. Ainda que se entendesse que o ato irregular aqui analisado é anulável, há que se observar que a parte final do art. 54 da lei 9.784/1999 exclui os atos de má fé [sic] da proteção caracterizada pela decadência. A alteração do caráter da designação, de precária para definitiva, conforme pretende aquele que só pode ser considerado interino, caracteriza má fé [sic] incompatível com o princípio da segurança jurídica, cujo fundamento é proteger a confiança que se deposita no direito e no que é direito. O prazo decadencial de 05 anos para o desfazimento da irregularidade, portanto, tem por termo inicial o momento em que foi caracterizada a inversão do ânimo da posse por aquele que se julga "dono do cartório", ou seja, a partir do momento em que o interino revelou, em sua impugnação, o verdadeiro animus domini sobre serviço público que após a vigência da CF/1988 somente pode ser delegado por concurso público. O serviço pertence ao Estado e não a um particular nomeado com inobservância ao princípio da impessoalidade. A Ministra Ellen Gracie no MS28386 MC/DF, publicado em 01.12.2009, ressalva que 'situações flagrantemente inconstitucionais como a remoção, por permuta entre notários e/ou registradores, sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/99, sob pena de subversão das determinações insertas na Lei Maior do País, a Constituição Federal'. O Ministro Joaquim Barbosa no MS 28373 MC/DF, em decisão publicada em 27.10.2009, asseverou que 'Em relação à alegada decadência do direito de revisão do ato de titularização pelo Conselho Nacional de Justiça, não está completamente afastado o caráter continuado da relação jurídica cujo ato normativo que lhe dava amparo foi tido por inválido. De fato, o exercício da atividade notarial se renova no tempo, de modo a criar constante tensão com normas constitucionais de regência, como a vinculação do acesso ao cargo mediante concurso público'. Ademais, o novo Regimento Interno do CNJ, que tem por fundamento o § 2º do Art. 5º da EC 45/2004, ressalva expressamente a inaplicabilidade do prazo decadencial de cinco anos quando o ato examinado afrontar diretamente a Constituição Federal (RICNJ, art. 91, parágrafo único). Pelo exposto, rejeito a prejudicial suscitada. [...] Por conseqüência, tendo em vista que compete à impugnante instruir corretamente o feito, tem-se como não devidamente comprovado pela insurgente o seu regular provimento na serventia. Diante do exposto, nego provimento à impugnação. Intime-se."

Esse é o panorama atual do Direito Notarial no Brasil, titulares com provimento antes da Constituição de 1988, titulares com provimento, através de concurso, após a Constituição de 1988 e interinos substitutos que exercem a função estatal até que alguém, por meio de concurso público, assuma sua serventia.

São, portanto, delegados de função pública (art. 2º, Lei 8.935/94), não havendo subordinação nem hierarquia com o estado delegante; o que há é a fiscalização deste em relação àquele. O particular investido dessa função é criador de instrumentos públicos, o que para o autor mexicano Fortino Legazpi, referendado por Cotrim Neto (1971, p. 22), “não constitui atividade mecânica, e que, ao revés, exige profundos conhecimentos das leis e do direito, para que as vontades das partes sejam correta e eficazmente expressadas e alcancem os efeitos jurídicos desejados”.

Os delegados de notas e registros não são servidores públicos como há muito tem entendido o Supremo Tribunal Federal¹², são, opostamente, agentes públicos que exercem função estatal delegada por meio de concurso público de provas e títulos (arts. 14, I e 15 da Lei 8.935/94). Ceneviva (2009, p. 14) leciona: “O caráter privado os distingue do serviço público oficial ou oficializado, submetido a servidores públicos, integrados na administração direta e em cargos de carreira, nos moldes do art. 37, CF”. Segue ainda:

O notário e o registrador não exercem cargo público, mas são agentes públicos. Agem como representantes da autoridade pública, eles mesmos providos de autoridade, posto que substituem, por delegação, o Estado, em serviços deste (CENEVIVA, 2010, p. 49).

Agentes públicos são pessoas que exercem função estatal e, dentro desse grande grupo, há espécies, entre elas o servidor público e o delegado, que com aquele não se confunde. Conforme MELLO (2010, p. 245, grifos do autor): “Dois são os requisitos para a caracterização do agente público: um, de ordem *objetiva*, isto é, a natureza estatal da atividade desempenhada; outro, de ordem *subjéctiva*: a investidura nela”. Maffini (2008, p. 247) emoldura os notários no subgrupo de agentes delegados:

[...] têm uma relação jurídica híbrida que coliga características de servidores públicos (ingresso por concurso público, submissão a um regime disciplinar etc.) e de

¹² Não se incluem na regra de aposentadoria compulsória: ADI 2602.

concessionários de serviços públicos (ex: responsabilidade objetiva, administração da serventia por sua conta e risco etc.).¹³

Na ADI 1.378 MC/ES, o Min. Relator Celso de Mello (DJ de 30.05.97, p. 23175), esclarece que “a atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime jurídico de direito público”. Se o serviço é público, se a função cartorária é *longa manus* do Estado, deve se subordinar às finalidades deste, ou seja, assegurar os princípios da eficiência, da igualdade material, da não discriminação e da dignidade da pessoa humana.

1.3 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência, inserto no artigo 37 da Constituição Federal, dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais e essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais para a satisfação do bem comum, que deve ser perseguido tanto pela Administração direta como indireta de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia.

Como bem lembra o doutrinador Moraes (2011, p. 344):

a EC 19/98, seguindo os passos de algumas legislações estrangeiras, no sentido de pretender garantir maior qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços públicos, passou a proclamar que administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverá obedecer, além dos tradicionais princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, também ao princípio da eficiência.

Não há dúvida de que esse princípio deverá ser seguido também no âmbito extrajudicial, tendo em vista que este não deixa de promover um serviço público mesmo que de forma delegada.

¹³ A delegação de serviços públicos para particulares é feita por contrato de direito público, ordinariamente pela figura da concessão ou permissão, as quais devem se pautar pelos princípios do art. 6º da Lei 8.987/95, mostrando que o caso dos cartório é *sui generis*. Mas mesmo neste caso, o que há é uma ‘fuga para o direito privado’, o que Couto e Silva, citado por Bruno Miragem, denomina de direito privado administrativo (*verwaltungsprivatrecht*) (MIRAGEM, 2009, p. 11).

Algumas características do princípio da eficiência são a desburocratização e a qualidade, bem como a aproximação do serviço da população (MORAES, 2011, p. 348). Nesse sentido, há de se entender que a atuação dos substitutos dos tabeliães de notas – a ser analisada no próximo capítulo – vem corroborar com a efetivação desse princípio, conforme lição de Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 969):

Nos Estados burocráticos-cartoriais, o princípio da eficiência configura um brado de alerta, uma advertência mesmo, contra os vícios da máquina administrativa, sabidamente tendente a privilegiar-se, na medida em que sobrevaloriza os meios, em quem, no final, ela consiste, sacrificando os fins, em razão e a serviço dos quais vem a ser instituída.

O fim maior dos serviços notariais é o do bem-estar da comunidade, dando publicidade e juridicidade à vontade das partes, que somente será atingida se não houver entraves burocratizantes que freiem ou obstaculizem esse fim maior. Outros princípios também devem ser resguardados, e, para o fim do nosso trabalho, analisaremos os princípios da não discriminação e da equidade.

1.4 Princípio da igualdade e da não discriminação

A atividade notarial é serviço público delegado a particulares e, tal como qualquer serviço público, se “presta como meio hábil à realização dos fins da comunidade, demarcados pelos objetivos, finalidades, valores e princípios da Carta Política e mesmo de todo o sistema normativo, vinculando tanto Estado, mercado como sociedade a tais misteres” (LEAL, 2009, p. 37).

As políticas de inserção das minorias estão baseadas no princípio da igualdade, que é o berço e a diretriz de todas as garantias e prerrogativas de que gozam, por exemplo, os portadores de deficiência. Enquanto a igualdade formal não faz diferenciação entre os indivíduos, não considera suas características ou atributos pessoais, aplicando a mesma letra da lei a todos, a igualdade material os diferencia, mas diante de uma razão plausível, não comportando arbitrariedades em sua definição.

Para Moraes (2005, p. 82), esse princípio sofre uma tríplice finalidade limitadora: limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular. Ao legislador, no exercício constitucional de edição normativa, sob pena de flagrante inconstitucionalidade; ao intérprete/autoridade pública, que não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias (ressaltando

aqui os tabeliões ao exercer o seu ofício); e ao particular, o qual não poderá guiar-se em condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal.

Da constitucionalização do direito civil deriva a repersonalização do próprio direito civil, ou, de outra monta, a despatrimonialização do direito civil: realoca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanções (FACCHINI NETO, 2003, p. 53), ou seja, busca-se a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Para Gattari (1974, p. 67), sempre foi necessária “*una humanización del jurista y del Derecho*”.

Em relação à eficácia dos direitos fundamentais, Sarlet ressalta o cunho eminentemente principiológico da norma contida no art. 5, § 1º, CF, que impõe aos órgãos estatais e particulares que “*outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais milita uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaz*” (SARLET, 2007, p. 470). E é nessa questão que observamos a necessidade de diálogos que façam aflorar essa efetividade necessária dos direitos da pessoa humana.

2 Diálogo das fontes em matéria notarial

Podemos começar nossa digressão com a seguinte questão: o que é o método do Diálogo das Fontes e quais as premissas para que este seja aplicado?

Em resposta, tem-se que o Diálogo das Fontes é um método utilizado para todas as disciplinas de Direito, tanto Público quanto Privado, como instrumento de interpretação e aplicação da lei de maneira a colocar os direitos fundamentais como ponto de partida para qualquer leitura de normas. Esse método parte do pressuposto que não há mais conflito entre leis, e sim coordenação entre elas, possibilitando dessa maneira a aplicação de várias leis sobre o mesmo caso, orientando ambas na proteção dos direitos fundamentais, mormente o da dignidade da pessoa humana. Ou seja, esse método interpretativo é sempre orientado pela Constituição, solucionando antinomias aparentes. Porém, um exame mais profundo do método se faz necessário.

2.1 Do método do Diálogo das Fontes e sua aplicação no Direito Notarial

O método encabeçado no Direito Brasileiro pela professora Marques (2012, p. 17), apresentado por Erik Jayme, propõe três formas de diálogo: de coerência, subsidiariedade e de adaptação.

Coerência porque o sistema deve evitar contradições, que são criadas geralmente por conflitos de leis no tempo e no espaço, e a Lei de Introdução ao Código Civil, hoje denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não é mais suficiente para dar respostas a essas contradições, que devem ser evitadas, ainda mais frente à constitucionalização do Direito Civil, que traz a pessoa humana para o centro da discussão. Hodiernamente, na nova ordem, não se diz que uma lei revoga a outra, e sim que ambas dialogam guiadas pelos valores constitucionais e de direitos humanos, buscando a intenção imanente das normas.

Para Erik Jayme, para se ter um sistema justo e eficiente diante do pluralismo pós-moderno de fontes legislativas, há a necessidade de coordenação entre as leis, abandonando os antigos critérios de resolução de conflito de leis no tempo, quais sejam: anterioridade, especialidade e hierarquia, os quais o professor denominou de monossolução, substituindo-os pela coerência, complementação, ou também denominada subsidiariedade, e adaptação. Explico, parafraseando a mestre no Direito brasileiro dessa teoria (MARQUES, 2012, p. 31): a coerência seria uma nova hierarquia e é dada pelos valores constitucionais e os direitos humanos; a subsidiariedade (complementação) seria o que denominávamos de especialidade e se constitui da complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais entre elas com tempo e ordem nesta aplicação, primeiro a mais valorativa, depois no que couber as demais; a nova anterioridade é batizada de “adaptação”, que não se relaciona com o tempo de promulgação, mas sim com a necessidade de adaptar o sistema cada vez que uma nova lei nele é inserida pelo legislador.

E por que diálogo? Porque há aplicação de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, de forma subsidiária ou, mesmo que permita escolha pela parte de qual quer se valer, sempre tendo por fundo os valores constitucionais, e é o que temos a pretensão de propor em relação às normas que se relacionam com o Direito Notarial.

Questão que se insere é se a aplicação do método de interpretação aqui esboçado é cabível¹⁴ dentro do ramo do Direito Notarial, Direito Público por excelência, e sobre as várias leis que os Tabeliães se valem para exercer o seu ofício, entre elas o Código Civil, primordialmente. Em resposta, temos que sim, pois se

¹⁴ Dinamarco (2009, p. 123) insurge-se contra a teoria alegando que o juiz tem compromisso com a “justiça de suas decisões”, e trazer, no exemplo levantado por ele, o Diálogo das Fontes nas demandas indenizatórias pelos males atribuídos ao fumo seria, “além de assistemático, sumamente injusto”.

trata de método de interpretação de teoria geral de direito, aplicável a qualquer disciplina de Direito, inclusive de Direito Público, não obstante esse Direito, conforme antes referido, regule interesses privados utilizando-se de leis de Direito Privado, tal como é o Código Civil.

Admitindo-se o diálogo, passamos a ele.

2.2 Possíveis diálogos no regramento jurídico da atividade notarial de lavratura de testamentos

A atividade notarial de lavratura de testamentos públicos e de aprovação dos cerrados é de exclusividade do notário.

Testamento é a manifestação de última vontade pela qual um indivíduo dispõe, para depois da morte, em todo ou em parte seus bens. O testamento pode ser de dois tipos: ordinário ou especial. Aquele pode assumir as formas pública, cerrada ou particular (art. 1.862, CC) e este pode ser marítimo, aeronáutico ou militar (art. 1.886, CC). Iremos nos ater à análise do primeiro grupo apenas e somente aos que necessitem de intervenção do tabelião: público e o cerrado. Ressalta-se que os tipos elencados são *numerus clausus*, dessa maneira, não se admite a criação de outros tipos de testamentos que não os enumerados na lei civil. No entanto, qualquer um deles possui o mesmo valor e eficácia jurídica, podendo, por exemplo, um testamento particular revogar um testamento público, e a recíproca é verdadeira.

Os testamentos ordinários, também denominados comuns, possuem tal designação, pois podem ser feitos por qualquer pessoa a qualquer tempo, sem necessidade de uma característica ou ocasião peculiares, fato necessário para os testamentos especiais.

O testamento público é um instrumento público, tal qual a escritura pública, devendo conter todos os requisitos desta (art. 215, CC), singularizado por Venosa (2008, p. 205) como “ato aberto, no qual um oficial público exara a última vontade do testador, conforme seu ditado ou suas declarações espontâneas, na presença de [...] duas testemunhas”. Rizzardo (2009, p. 284) articula ser “ato de disposição dos bens, feito perante o tabelião e por ele transcrito no livro de notas, segundo expressar o testador, diante de duas testemunhas”.

Já o testamento cerrado, para Wald (1986, p. 115), seria considerado “fórmula intermediária entre o testamento particular e o público, dando maior segurança e confiabilidade do que o primeiro e evitando a publicidade do segundo”. Brandelli (2009, p. 326) esboça o seguinte conceito: “Testamento cerrado é aquele que é lavrado pelo testador, ou por alguém a seu rogo, e

aprovado pelo tabelião, perante duas testemunhas e o testador". Percebe-se nesse ato duas fases, uma de elaboração propriamente dita do testamento pelo testador e a outra de aprovação desse testamento pelo Tabelião de Notas de confiança daquele. Como afirmam Cahali e Hironaka (2007, p. 229-230), "uma de natureza particular, outra de natureza pública". Esta segunda etapa é marcada por grande solenidade (art. 1.869, CC), razão de nominá-la de mística ou secreta. O testamento cerrado é a única forma testamentária admitida ao surdo-mudo pelo Código Civil (art. 1.873) em que o testador escreverá na face externa do papel que aquele é o seu testamento cerrado, para que assim se inicie o auto de aprovação pelo tabelião. Note-se que após a aprovação o tabelião devolverá o testamento ao testador, ficando apenas em seus livros que em dia "x" lavrou testamento de pessoa "y", o que demonstra por um lado o caráter secreto desse testamento e por outro os riscos de perda e destruição por má-fé.

É sigiloso porque é fechado em envelope cosido e lacrado, somente podendo ser violado após a morte do testador, em audiência presidida pelo juiz competente (art. 1.125, CPC).

Dois pontos atinentes ao regramento jurídico utilizado pelos tabeliões na lavratura de testamentos merecem nossa atenção. Um deles é sobre a possibilidade de o substituto do tabelião poder lavrar testamentos públicos; o outro sobre a obrigatoriedade do deficiente visual (cego) apenas poder se utilizar do testamento público e a impossibilidade do surdo-mudo se valer deste.

2.3 A questão da competência e o aparente dissenso entre o Código Civil e a Lei dos Notários e dos Registradores (Lei 8.935/94)

Enquanto a Lei 8.935/94, em seu artigo 20, § 4^o¹⁵, restringe a capacidade plena de exercício dos substitutos dos tabeliões de notas lavrarem testamentos públicos, o Código Civil de 2002 (Lei 10.406), em seu art. 1.864, inciso I, a aceita, dizendo ser requisito essencial do testamento público ser ele escrito por tabelião ou seu substituto legal.

A doutrina se divide: os autores civilistas defendem a possibilidade de os substitutos praticarem tal ato, alegando que a norma civil preponderaria em razão de ser norma mais nova e haveria revogado o artigo em questão nesse ponto. Por outro

¹⁵ No mesmo sentido, o art. 567 do Provimento 32/06-CGJ/RS.

lado, a doutrina notarial e registral alega o princípio da especialidade, advogando que a Lei dos Notários e Registradores é lei específica sobre o assunto e, conseqüentemente, deveria preponderar sobre o Código Civil, que é considerado lei geral. Aqui não se defende nenhuma dessas posturas, que são apenas “monólogos”, no dizer de Erik Jayme; intercede-se em favor de um diálogo necessário entre a Lei dos Notários e dos Registradores e o Código Civil, resguardando, dessa maneira, o princípio da eficiência do serviço público (art. 37, CF), dando mais celeridade ao procedimento de lavratura dos testamentos, uma vez que não é preciso que o usuário¹⁶ desse serviço público delegado se dirija ao tabelionato apenas nos dias e nas horas em que o titular lá se encontre.

Veloso (2007, p. 146) critica essa interpretação dada pela doutrina majoritária da área notarial e registral, pois, para esse autor, o Código Civil quis inovar, facilitando a fatura do testamento público e prevenindo futuras lides advindas da revogação do Código anterior; para ele, interpretação oposta a essa traria ineficiência ao inciso I do artigo 1.864, CC, pois, com obviedade, o substituto está autorizado a agir nos impedimentos e ausências do titular, o que independeria de transcrição literal no inciso. Do mesmo entendimento é o Tabelião e professor gaúcho Ricardo Kollet, que afiança que o Código Civil de 2002 somente veio corroborar a ideia de que a restrição aos substitutos não se dirige ao substituto que responde pela delegação nas ausências do titular: “[...] onde alguns têm visualizado conflito, existe complementaridade. [...] concluímos pela atuação simultânea do tabelião de notas ou seus substitutos legais nos atos de disposição testamentária” (KOLLET, 2008, p. 25).

¹⁶ “STF – CONSTITUCIONAL – REGISTROS PÚBLICOS. A atividade que desenvolvem os titulares das serventias, mediante delegação, e a relação que estabelecem com o particular são de ordem pública. Os emolumentos são taxas remuneratórias de serviços públicos” (STF – ADC 5 MC/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, 17/11/1999). Na doutrina figura o mesmo entendimento: “Apesar do amplo espectro abarcado pela lei do consumo, o entendimento é o de que não se aplica aos registradores. Sendo embora delegados do Poder Público e prestadores de serviço, sua relação não os vincula ao ‘mercado de consumo’ ao qual se destinam os serviços definidos pelo Código do Consumidor (art. 3º, § 2º). Mercado de consumo é o complexo de negócios realizados no País com vistas ao fornecimento de produtos e serviços adquiridos voluntariamente por quem os considere úteis ou necessários. O serviço registrário, sendo em maior parte compulsório e sempre de predominante interesse geral, de toda sociedade, não se confunde com as condições próprias do contrato de consumo e a natureza do mercado que lhe corresponde” (CENEVIVA, 2009, p. 60).

Como bem assevera o professor Miragem (2012, p. 91), o método do Diálogo das Fontes não se ocupa apenas da interpretação da norma, mas especialmente do resultado da aplicação desta; no caso ora enfrentado, a aplicação do Código Civil em detrimento da Lei 8.935/94 resguarda o valor constitucional da eficácia dos serviços públicos, amparando os usuários dos ofícios notariais.

2.4 As peculiaridades impostas pelo Código Civil aos deficientes na lavratura de testamentos ordinários (público e cerrado) e sua releitura frente ao decreto regulamentador da Lei 7.853/89 que dispõe sobre a integração de pessoas portadoras de deficiência (Dec. 3.298/99)

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.867 permite ao cego apenas se utilizar do testamento público para fins de sua última manifestação de vontade, negando o uso do testamento cerrado pelo mesmo, conforme exara o artigo 1.872, também do mesmo códex, *in verbis*: “Não pode dispor de seus bens em testamento cerrado quem não saiba ou não possa ler”. Artigos que merecem releitura frente à lei dos portadores de deficiência – Lei 7.853/89, mais especificamente frente ao art. 9º de seu decreto regulamentador, ou, na melhor linguagem de Erik Jayme, um diálogo dessas duas fontes de Direito, admitindo-se a esses deficientes a discricionariedade.

Quando o artigo 1.872 do CC fala “não saiba ou não possa ler”, está se olvidando da evolução das técnicas de leitura dos deficientes visuais – sistema Braille –, por meio das quais o cego pode certamente ler.

Coadunando-se com a evolução, o legislativo em 2009, através do Decreto 6.949, promulgou a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, reconhecendo, em seu preâmbulo, que a deficiência é um conceito em evolução que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Sendo o conceito algo em evolução, tal qual o Direito, que é mutável; a legislação deve acompanhar esse progresso sob pena de infringir o princípio da igualdade.

E é principalmente em defesa do princípio da equidade que buscamos o diálogo do Código Civil com a lei de inserção dos portadores de deficiência. É também em defesa do corolário da Constituição que se busca essa “conversa”, ou seja, assegurar a dignida-

de da pessoa portadora de deficiência capaz, lúcida e educada, que pode ler e escrever em Braille ou mesmo escrever em alfabeto latino, elaborando o seu testamento cerrado se assim for a sua escola; não podendo o tabelião se negar a efetivá-lo.

Outro argumento que ratifica essa posição é a constitucionalização do Direito Civil, movimento que enseja a leitura da legislação civilista tendo por pedra de toque a Constituição Federal de 1988, seus direitos e garantias atribuídos aos cidadãos, condizente à lição de Lotufo (2006, p. 24):

O Código não podia ser considerado como o único centro de informações da vida civil. Muitos de nossos manuais e muitos professores de Direito Civil continuam ensinando a matéria, como se nosso Código continuasse a ser o mais importante [...] Sem perceberem as mudanças de concepção sociopolítica, permaneceram como se as normas deste Código sobrepairassem sobre a Constituição, numa visão totalmente incongruente com a própria teoria geral do direito.

Impõe-se recorrer, por meio da legislação infraconstitucional, à efetivação das normas constitucionais brasileiras que propugnem a dignidade do ser humano e a melhor distribuição de justiça e igualdade.

Veloso (2007, p. 147) insurge-se contra a possibilidade de o mudo lavar testamento público (muito embora defenda que o Código devia ter aberto essa possibilidade), alegando que, se assim o quisesse, teria previsto o Código. Ademais, salienta que o art. 1.864, I, CC fala em “declarações”, advertindo que a minuta serve apenas para lembrar o testador e de maneira alguma suprimiria a sua declaração, que deve ser verbal. São do mesmo pensar Cahali e Hironaka (2007, p. 224): “a oralidade é da substância deste ato jurídico”. Adverte que, quando o Código quis permitir o testamento para quem não pudesse manifestar oralmente a sua vontade, o fez por meio do art. 1.873, CC, o qual admite a realização do testamento cerrado pelos surdos-mudos. A mais, leciona embasado no princípio da infungibilidade das formas testamentárias, que não admitiria a solenidade do testamento cerrado aplicado ao público, como ocorre, embora explicitamente codificado, nas doutrinas alemã e paraguaia, respectivamente artigos 2.238 e 2.641 dos Códigos Civis desses países.

Neste ponto, cremos que os célebres mestres não se atentaram sobre a semântica do termo “declaração”, que prescinde de oralidade, conforme dicionário Houaiss (2001, p. 920, grifo nosso): “manifestação oral ou escrita, com ou sem testemunhas; anúncio, revelação”.

Coadjuvando essa tese e harmonizando-se com as legislações recém-citadas, Pereira (2004, p. 2006) afirma:

O surdo-mudo educado pode testar; não pode fazê-lo o que não tenha condições de exprimir a sua vontade. Diante da redação do art. 1.864 do novo Código Civil, já não mais pode prevalecer a opinião, manifestada nas edições desta obra anteriores à vigência do diploma, segundo a qual ao mudo, mas não surdo, tal qual ao surdo-mudo educado, seria vedado a forma pública. Tal entendimento se baseava na redação dos arts. 1.632, nº I (que inseria, entre os requisitos essenciais daquela forma testamentária, a circunstância de o testamento ser 'escrito por oficial público em seu livro de notas, de acordo com o ditado ou as declarações do testador'), e 1.635 ('Considera-se habilitado a testar publicamente aquele que puder fazer de viva voz as suas declarações e verificar, pela sua leitura, haverem sido fielmente exaradas'), ambos do Código Civil de 1.916; a adoção do testamento público dependia, assim, da comunicação verbal.

Novamente, Kollet (2008, p. 217), tabelião perspicaz: "entendemos que a melhor interpretação é no sentido de que as pessoas que não possam ou não saibam falar, desde que alfabetizadas, podem fazer testamento público [...] o qual prestará a declaração em documento escrito ou pela linguagem dos sinais".¹⁷

Soma-se aos nossos anseios o artigo 1.860 do CC, que enumera quem não possui capacidade testamentária ativa, ou seja, quem não poderá ser testador; enquadrando os incapazes e os que não possuem pleno discernimento. No magistério de Veloso e Azevedo (2003, p. 40), o legislador, ao utilizar a expressão "incapazes", refere-se aos absolutamente incapazes (art. 3º, CC), devendo haver uma exegese restrita do citado artigo. Estendendo essa linha de pensamento, só temos uma interpretação positiva em relação à possibilidade de feitura de testamentos públicos por indivíduos mudos que possam exprimir sua vontade de alguma maneira, uma vez que estes não se enquadram como absolutamente incapazes, tampouco se encontram em casos transitórios que os tornem incapazes para atos da vida civil, contrariamente ao que ocorria na codificação civilista anterior (Lei 3.071/1916), em que eram taxativamente insertos no inciso III, do art. 5º, mesmo que já, ou-

¹⁷ Continua o autor: "nesse caso, a verificação da exatidão da transposição das declarações para o instrumento será feita a partir da leitura do mesmo pelo próprio testador, o qual, pela forma de comunicação adotada, após a leitura, manifestará sua concordância inequívoca em relação ao conteúdo reproduzido pelo Tabelião de Notas".

trora, se referia somente aos surdos-mudos que não *pudessem* exprimir a sua vontade.

Ora, um surdo-mudo que saiba a linguagem dos sinais ou que saiba escrever com o alfabeto latino estará, assim, manifestando sua vontade.

A *Legge Notarile* da Itália prevê em seu artigo 57 a intervenção de um intérprete para o mudo ou surdo-mudo. Caso este não saiba escrever, outro intérprete se faz necessário para a linguagem dos sinais frente às testemunhas. O mesmo ocorre em Portugal, conforme artigo 66, 2, do Código do Notariado: sabendo ler, o mudo declarará por escrito, e, se não souber, fará por sinais que o notário e demais compreendam ou, dependendo, intervirá intérprete para tal. No Japão se resguarda os mesmos direitos (art. 969-2, Código Civil), onde a manifestação do mudo se fará por meio de intérprete (VELOSO; AZEVEDO, 2003, p. 148).

É no ápice da pirâmide dos princípios que se encontra a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), posto que aí se encontram outros preceitos importantes, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à honra e à imagem das pessoas. Acima de tudo, a dignidade da pessoa humana é um princípio fundador, na medida em que é fonte de regras de Direito (ISRAEL, 2005, p. 385). Por esse motivo, como nos alerta Sarlet (2009, p. 75), o constituinte não incluiu a dignidade no rol dos direitos e garantias fundamentais, pois se guiou pela sua condição de princípio fundamental. Portanto, negar ao mudo o acesso à lavratura de testamento público, com a escusa de que se requer que seja feito em viva voz, afronta à dignidade do portador com essa deficiência, condenado a somente poder testar na forma cerrada, diga-se, forma nem um pouco segura, que não traz a publicidade e segurança jurídicas do já mencionado testamento público. Como bem afirma Brandelli (2005, p. 73): “O que importa é que o testador consiga manifestar de maneira certa sua vontade, pouco importando como o faça, podendo ser, por exemplo, de forma escrita”.

Todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2009, p. 121) e, sendo o notário um delegado do Poder Público que exerce atividade estatal, está inserido nessa sentença. Desse modo, deve ele, na sua função de interpretação das normas e formalização da vontade das partes, aceitar qualquer tipo de manifestação pelo mudo na hora da lavratura do testamento público e pelo cego na hora de cerrar e lavrar o auto de aprovação do testamento cerrado, desde que se perceba a plena capacidade civil desses indivíduos.

Os requisitos do artigo 1.864 do Código Civil de 2002 foram mitigados em prol da acessibilidade e inclusão social. Hoje não se perquire que o testador lance sua vontade de viva voz, basta que a manifeste livre de qualquer vício e sem induzimento (art. 215, IV, CC – requisitos para lavratura de escrituras públicas), sob pena de vício de consentimento (art. 171, CC). Sendo o testador mudo ou surdo-mudo pessoa juridicamente capaz para os atos da vida civil, poderá testar na forma pública, já que, diferentemente do que tratava o Código Civil de 1916, em seu artigo 1.627, IV, não é pessoa relativamente incapaz.

O Código Civil trouxe do retrógrado Código Civil de 1916 as mesmas regras dos artigos 1.866 e 1.867, atribuindo aos mudos somente o testamento cerrado e aos cegos o testamento público, pecou aqui a nossa legislação, deixando de acompanhar as inovações (tais como aceitar recursos auditivos, intérpretes, escritos em Braille etc.). Deixou não só de inovar, mas de progredir, atentando para a inserção de todos os indivíduos na sociedade como iguais. Pelo exposto, por questão de equanimidade e tratamento sem discriminação, defende-se a possibilidade da realização do testamento público também pelos mudos, uma vez que o “o testamento público goza de maior presunção de legitimidade do que os demais, e o cerrado, por sua vez, enseja maiores dificuldades de falsificação ou de influência ilegítima na vontade do testador que o particular” (ANTPACK, 1979, p. 95-96.).

Noutro ponto, não pode dispor em testamento cerrado quem não saiba ou não possa ler (v.g. cego e o analfabeto). Disposição análoga é encontrada nos códigos Português (art. 2.208), Francês (art. 978), Espanhol (art. 708), Italiano (art. 604, al. 2), Argentino (art. 3.665), Mexicano (art. 1.530), Paraguuaio (art. 2.655), Uruguaio (art. 804) e Chileno (art. 1.022) (VELOSO, 2007, p.161). Todavia não vemos motivo suficiente para vedar tal testamento ao cego, que pode escrever por meio do alfabeto latino ou por Braille, declarando, assim, ao tabelião que aquele é o seu testamento cerrado, até mesmo porque o tabelião não adentra no mérito do testamento, diga-se, não o lerá, apenas o aprovará. Além do mais, o art. 1.868, *caput*, do CC permite que outrem escreva o testamento. Possui o acorde do mentor Rizzardo (2009, p. 924), que defende a realização do testamento cerrado para o cego via sistema Braille, da mesma forma que se permite ao idioma estrangeiro (art. 215, § 4º, CC).

De outra feita, o artigo 26, § 1º do Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, que regulamentou a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais

– LIBRAS, assim enfatizou: “As instituições de que trata o *caput* (Poder Público e das empresas que detêm concessão ou permissão de serviços públicos) devem dispor de, *pelo menos, cinco por cento de servidores, funcionários e empregados* capacitados para o uso e interpretação da Libras” (grifos nossos). Ao passo, alocamos perfeitamente os serviços notariais como instituição que tem por delegação função pública.

Em posição divergente à tese que defendemos, encontramos Maximiliano apud Wald (1986, p. 123): “o cego, embora leia por um processo especial e já disseminado por todos os países, não faz testamento cerrado; a proibição do Código é absoluta”. Percebe-se aqui o apego à codificação, um positivismo extremado, esquecendo o eminente autor que devemos nos utilizar dos princípios para leitura de qualquer legislação, uma vez que os princípios encontram-se acima das normas, ponderando todo o sistema, dando-lhe unidade e sentido. Não é porque há um artigo vedando algo em lei infraconstitucional, elaborada anteriormente à Constituição Federal, que temos que tomar por absoluta sua dissertação. Do contrário, temos que, como juristas e, aqui se enquadram todos os prestadores de serviço público em sentido *lato sensu*, como operadores do Direito, interpretar cada legislação fazendo uma ponte com a Constituição Federal, assegurando os direitos nela consagrados.

É peremptório que o testamento público é o mais seguro, uma vez que fica nas notas do Tabelião, mas se quer aqui, ao afirmar a possibilidade dos portadores de deficiência visual de realizar testamento cerrado, consagrar o princípio da igualdade e em última *ratio* o da dignidade da pessoa humana, pois não há motivos para tal discriminação; a escolha lhes é um direito. Razão por que se entende correta a defesa da possibilidade de lavratura de quaisquer testamentos tanto por cegos quanto por mudos, em prol da igualdade.

A falta de visão cerceia o direito de testar por esse modo, segundo consta do art. 1867 do CC, e, para Boeckel (2004, p. 28), a falta de fala também, sob o argumento de que o cego não poderá ler a cédula testamentária.

Em relação ao primeiro discrimen, não vemos razão para desobedecer ao princípio da igualdade e atribuir especialidade; pode perfeitamente o cego ler, pode também perfeitamente escrever (mesmo que em linguagem especial): essa capacitação não lhe é tolhida por total, já que pode ler através do sistema Braille, e, de outra forma, supondo que o indivíduo tenha perdido a visão após alfabetização, poderá simultaneamente ao falar ir escrevendo suas disposições de próprio punho frente às teste-

munhas. Ademais, tal testamento passa pelo crivo do Judiciário, exercendo o juiz a sua parcimônia na confirmação dele (art. 1.879, CC).

Quanto ao segundo díscremen, muito embora os parágrafos do artigo 1.876 do CC refiram “lido pelo testador”, elidimos essa tese com os mesmos argumentos levantados outrora e ratificamos a opinião de inclusão de deficientes na elaboração de quaisquer testamentos, desde que eles possam ser entendidos e entendam, ou seja, desde que estejam aptos e capazes para tal ato da vida civil. Veja-se: poderá o mudo escrever de próprio punho ou por processo mecânico seu testamento frente às testemunhas e por meio da própria escrita declarar que aquele é o seu testamento, ou mesmo declarar por meio do alfabeto de sinais, logicamente, nesse caso, com testemunhas aptas a entender a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS).

Ademais, o art. 1.880 do CC abre a possibilidade de o testamento particular ser redigido em língua estrangeira, desde que as testemunhas a compreendam; similarmente ao que defendemos nos parágrafos supra: se as testemunhas entenderem o que o deficiente físico está a expressar, válidas serão as suas disposições de última vontade, motivo algum para atingi-lo em sua dignidade. Foi nesse sentido o julgamento de anulação de testamento cerrado que não cumpriu algumas das exigências dispostas em lei sobre esse tipo de testamento. O tribunal as ignorou em prol da prevalência da vontade do testador, vejamos:

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TESTAMENTO CERRADO. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES LEGAIS. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

I - A questão da nulidade do testamento pela não observância dos requisitos legais à sua validade, no caso, não prescinde do reexame do acervo fático-probatório carreado aos autos, o que é vedado em âmbito de especial, em consonância com o enunciado 7 da Súmula desta Corte.

II - Em matéria testamentária, a interpretação deve ter por fim o intuito de fazer prevalecer a vontade do testador, a qual deverá orientar, inclusive, o magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado diante da existência de fato concreto, passível de colocar em dúvida a própria faculdade que tem o testador de livremente dispor de seus bens, o que não se faz presente nos autos.

Agravo provido. (AgRg no AI nº 570.748 – SC, Min. Rel.: Castro Filho, j. 01/03/2007)

O código anterior abria a possibilidade de que a leitura se desse ou por uma das testemunhas ou até mesmo por um estra-

nho ao ato, norma que poria fim à discussão do segundo *discrímén* e que, pela constitucionalização do Direito Civil, deve ser colocada em pauta, pois dessa forma teremos uma interpretação calcada nos princípios fundamentais. O diálogo se faz necessário não só em amparo de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil – dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, CF, mas também em defesa do objetivo desta em promover o bem de todos sem qualquer tipo de discriminação (art. 3º, IV, CF).

Conclusão

Com o desenvolvimento do presente trabalho, percebeu-se a possibilidade de utilização do método do diálogo das fontes no âmbito do Direito Notarial. Para tanto, se propuseram diálogos entre o regramento jurídico sobre lavratura de testamentos (Código Civil) e o Decreto 3.298/99, que regulamentou a Lei da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, bem como entre o Código Civil e a Lei dos Notários e dos Registradores, tendo por arcabouço os princípios constitucionais da eficiência, da igualdade e da não discriminação, em prol de se assegurar a dignidade da pessoa humana.

A mudança do modo de atuação do Estado – de forma delegada – tal qual ocorre no Direito Notarial, por meio da pessoa física do Tabelião de Notas, não implica a substituição dos valores fundamentais que devem ser por ele realizados. Por conseguinte, advogou-se pela interface dos princípios constitucionais, que constituem a base fundamental e estrutural de todo o ordenamento, de toda a interpretação ou processo hermenêutico. Como os princípios são normas finalísticas e pretendem o fim, devemos interpretar os artigos 1.864, 1.867 e 1.873, todos do Código Civil de 2002, com o propósito finalístico de integração dos portadores de deficiência, de acessibilidade, de não discriminação e do bem-estar como valor supremo do Estado. Por outro lado, a efetivação do princípio da eficiência perpassa pelo âmbito extrajudicial, dando voz ao Código Civil e, portanto, rechaçando a aplicação da Lei Especial dos Notários e dos Registradores.

Os notários, aplicadores da lei e agentes públicos que são, devem fazer valer os ditames constitucionais nas leituras tanto do Código Civil como das normativas da Corregedoria de Justiça do Estado. Nesse escopo, convoca-se a sociedade e em maior relevo os notários a internalizarem os mandamentos constitucionais e as leis: Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, e seu De-

creto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999; concretizando os programas por eles estabelecidos diariamente nos atos de seu ofício, mormente na lavratura de testamentos públicos e na aprovação de testamentos cerrados, sem dar entrada para qualquer segregação desvinculada de cunho constitucional.

O diálogo é imperioso, não somente em defesa dos direitos fundamentais elencados, mas em amparo à própria Constituição, que se alimenta e se estrutura na dignidade da pessoa humana.

Por fim, concluo com Erik Jayme, que diz que a cultura pós-moderna valoriza a autonomia da vontade, a liberdade, mas também o direito à diferença ou à igualdade, exatamente o que buscamos neste trabalho.

Referências

- ANTPACK, Eduardo. Requisitos essenciais do testamento público. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 6, n. 17, p. 93-127, nov. 1979.
- BATALHA, W. S. C. **Comentários à Lei de Registros Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BOECKEL, Fabrício Dani de. **Testamento particular**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Alguns apontamentos acerca do testamento público no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 6, n. 24, p. 63-78, out.-dez./2005.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Lei dos notários e dos registradores comentada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Organização jurídica do notariado na república federal da Alemanha. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 403-414, 1971.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Relações de consumo, prescrição e diálogo das fontes. In: LOPEZ, Tereza Ancona (coord.). **Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 95-132.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 11-60.

FOLLMER, Juliana. **A atividade notarial e registral como delegação do poder público**. Porto Alegre: Norton Editor, 2004.

GATTARI, Carlos Nicolas. **El juez, el notario y la ley extranjera**: Iura Novit Curia. Buenos Aires: Librería Jurídica la Plata, 1974.

GRAEFF JUNIOR, Cristiano. Considerações sobre as emendas ao Projeto do Código Civil. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: AJURIS, v. 25, n. 74, p. 385-393, nov. 1998.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 44. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ISRAEL, Jean-Jacques. **Direito das Liberdades Fundamentais**. São Paulo: Manole, 2005.

KOLLET, Ricardo. **Manual do Tabela de Notas para Concursos e Profissionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. O serviço público no Brasil e seus impactos extra normativos: aspectos econômicos e sociais das decisões judiciais. **Interesse Público**, São Paulo: Fórum, v. 11, n. 57, p. 31-58, set./out. 2009.

LOTUFO, Renan. Da Oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012. Parte I, p. 17-66.

MARTINS, Cláudio. **Teoria e prática dos atos notariais**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO JR., Regnoberto Marques de. **Dos emolumentos notariais e registrais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012. Parte I, p. 17-66.

_____. O contrato de parceria público-privada: a prestação de serviços públicos e risco negocial no regime jurídico das concessões administrativas. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, n. 4, p. 9-33, jul. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 67/08 e Súmula Vinculante 31; Inclui as Leis n. 12.016/09 (Mandado de Segurança Individual e Coletivo) e 12.063/09 (ADI Omissão).

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito das Sucessões. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PUGLIESE, Roberto J. **Direito notarial brasileiro**. São Paulo: Leud, 1989.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Junho_2013_Provimento_14_2013.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VELOSO, Zeno; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao código civil**: parte especial: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.

VELOSO, Zeno. Testamentos. In: HIRONAKA, Giselda; PEREIRA, Rodrigo (org.). **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 117-179.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 7.

WALD, Arnaldo. Considerações sobre o testamento cerrado. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 13, n. 37, p. 115-123, jul. 1986.