

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA**  
**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

**DANILO NEGREIROS**

**NOTÁRIOS E REGISTRADORES NA CONDIÇÃO DE  
INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUIÇÕES  
OFERECIDAS PARA A PROMOÇÃO DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**VITÓRIA**  
**2015**

DANILO NEGREIROS

**NOTÁRIOS E REGISTRADORES NA CONDIÇÃO DE  
INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUIÇÕES  
OFERECIDAS PARA A PROMOÇÃO DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz

**VITÓRIA**

**2015**

DANILO NEGREIROS

**NOTÁRIOS E REGISTRADORES NA CONDIÇÃO DE  
INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUIÇÕES  
OFERECIDAS PARA A PROMOÇÃO DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof<sup>o</sup>. Dr. Daury Cesar Fabriz  
Orientador  
Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof<sup>o</sup>. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra  
Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof<sup>o</sup>. Dr. Mário Lúcio Quintão  
Soares

A Deus, por sua infinita graça, a  
qual me sustentou e tornou tudo  
isso possível.

## AGRADECIMENTOS

A minha família, pelo incondicional apoio e inabalável confiança em todos os momentos.

Ao orientador Daury Cesar Fabriz, por me mostrar os caminhos, por mais uma vez ter depositado em mim sua confiança, e pelo exemplo de humanidade a ser por mim seguido.

Aos amigos desse curso, pelo fraternal amparo mútuo e por compartilharmos as alegrias, as dificuldades e os desafios presentes nesses importantes anos de amadurecimento acadêmico e pessoal. A harmoniosa convivência com todos me foi essencial e deve ser prolongada por muitos anos.

A Eliza, por sua confiança, carinho e amor; mas também por estar presente em todos os momentos de dificuldades e de vitórias, e, ainda, por partilhar comigo diariamente a mesa de estudo com seus livros das “ciências duras”.

Ao professor Alex Canal Freitas – colega, amigo e irmão em Cristo – pelo encorajamento e pela companhia nos *campi*, nas bibliotecas, no restaurante universitário e nas agradáveis pausas para o café.

Ao professor Bruno Gadelha Xavier, por partilhar comigo de seu grande intelecto e carga de leitura acumulada.

Aos amados irmãos da igreja, pela incansável intercessão.

“o meu estado é este  
o interior do meu estado é este  
o estudo do meu estado é um estatuto  
estando no interior como estátua  
fico com meu estalo entre o interior e o trato  
o espírito de um santo solto ao salto  
o salto da carne ao osso  
o meu estado é o interior do meu estado  
o meu estado não será o seu  
o seu estado é o interior do seu espírito  
e o seu santo é o século que não creio  
o século que bate asas na sala de sal e soluços  
a estátua que é um estado insolúvel”  
Sérgio Blank

## RESUMO

Atualmente, o Brasil vive um período de amadurecimento do Direito constitucional. A promulgação da Constituição de 1988 trouxe, ainda, a necessidade de um novo arcabouço teórico capaz de melhor atender à necessidade de efetivação de tão grande número de garantias contidas no texto constitucional na sociedade contemporânea marcada por crescente complexidade. Para tal fim, a ciência constitucional aponta para a superação de preceitos positivistas típicos do Estado de direito legislativo de índole liberal. Neste sentido, constitucionalistas indicam que tais avanços pós positivistas são característicos do Estado constitucional atual. Dentre as referidas superações, neste estudo se destaca a interpretação constitucional desempenhada por uma diversidade de aplicadores do direito como forma de aprimorar a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos. Assim, sob a vigência de uma Constituição marcada por alta carga axiológica em uma sociedade sem consensos valorativos sólidos, são apontados os registradores e tabeliães como profissionais do direito que desempenham suas funções com significativa proximidade dos direitos fundamentais dos cidadãos e que, portanto, podem oferecer muitas contribuições à efetivação de tais direitos se pautarem o exercício de seus ofícios diretamente na Constituição e nas particularidades sócio culturais do caso concreto. Entretanto, a tradição verificada é de uma atuação constitucionalmente tímida desses profissionais, em decorrência de normatizações demasiadamente minuciosas existentes entre o registrador ou tabelião e a Constituição. Tal cerceamento à interpretação constitucional é retrógrada e descabida no atual contexto normativo brasileiro. O fenômeno desse anacronismo é estudado sob a ótica do estado de exceção, segundo o qual uma ordem normativa em vigor pode ser suspensa sem que tenha sido formalmente revogada. A exceção é uma técnica de governo existente na maioria das democracias contemporâneas, segundo os estudiosos, e costuma ter como objetivo a manutenção de estabilidade e da ordem. Assim, o estudo defende que o contexto jurídico brasileiro atual superou certos moldes positivistas, o que ocasiona a necessidade de maior atuação diversos

aplicadores do direito, dentre eles os notários e registradores, como forma de melhor efetivação dos direitos fundamentais, entretanto, essa nova ordem constitucional pós positivista e pluralista se encontra suspensa informalmente, de forma a possibilitar a permanência de preceitos jurídicos de épocas anteriores em nome da estabilidade.

Palavras chave: Pós positivismo jurídico. Registros Públicos. Estado de Exceção. Sociedades complexas.



## **ABSTRACT**

Currently, Brazil is experiencing a maturing period of constitutional law. The promulgation of the 1988 Constitution brought also the need for a new theoretical structure able to better quench the need for execution of so many guarantees contained in the Constitution in contemporary society marked by increasing complexity. For that purpose, the constitutional science tends to overcome typical positivists precepts from the legislative State with rule of law of liberal nature. In this regard, constitutional scientists indicate that such post positivists advances are characteristic of the current constitutional State. Among those exceedances, this study highlights the constitutional interpretation performed by a variety of law applicators as a way to enhance the realization of the constitutional rights. Thus, under the force of a Constitution marked by high axiological load, inserted in a society without solid valorative consensus, this work points public registers and notaries as legal professionals who perform their duties under significant proximity of the fundamental rights of citizens and, therefore, can offer many contributions to the effectiveness of such rights if they exercise their functions based directly on the Constitution and the socio-cultural particularities of each case. However, the current tradition is a constitutionally timid performance of these professionals as a result of too detailed norms existing between the register or notary and the Constitution. This restriction to constitutional interpretation is retrograde and misplaced in the current Brazilian legal context. The phenomenon of this anachronism is studied from the perspective of the state of exception, according to which a normative order in may be suspended without having been formally revoked. The exception is an existing government technical applied in most contemporary democracies, according to scientists, and often aims at maintaining stability and order. Thus, the study argues that the current Brazilian legal context exceeded certain positivist thinking, which leads to the need for greater performance from several applicators of law, including notaries and registrars as a way to better enforcement of fundamental rights, however, this new constitutional post

positivist and pluralistic order is suspended informally, in order to allow the maintenance legal precepts of earlier times in the name of stability.

Keywords: Legal post-positivism. Public Registry. State of Exception. Complex societies.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>CAPÍTULO 1 – SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E CENTRALISMO JURÍDICO</b> .....	18
1.1 COMPLEXIDADE SOCIAL NO BRASIL E NA MODERNIDADE.....	21
<b>CAPÍTULO 2 – ESTADO CONSTITUCIONAL: A CONSTITUIÇÃO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO</b> .....	27
2.1 DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	27
2.1.1 Vicissitudes da soberania.....	28
2.1.2 Forças corrosivas sobre o Estado unitário.....	29
2.1.3 Estado constitucional.....	31
2.1.4 Passagem do Estado de direito ao Estado constitucional.....	37
2.1.5 O princípio da legalidade.....	39
2.1.6 Abstração e generalidade da lei.....	43
2.1.7 A homogeneidade do direito legislativo.....	43
2.1.8 Constituição como elemento unificador.....	52
<b>CAPÍTULO 3 – CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E O CENTRALISMO JURÍDICO: NECESSIDADE DE FONTES MÚLTIPLAS DE DIREITO</b> .....	60
3.1 PÓS POSITIVISMO JURÍDICO: INTERPRETAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA E PLURALISMO JURÍDICO.....	60
3.2 NOVA CONSTITUIÇÃO E ANTIGA TRADIÇÃO.....	66
<b>CAPÍTULO 4 – DELEGATÁRIOS DAS SERVENTIAS NOTARIAIS E DE REGISTRO: ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO E SUAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS</b> .....	72
4.1 TABELIONATO DE NOTAS.....	72
4.2 TABELIONATO DE PROTESTO.....	75
4.3 REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS.....	79

4.4 REGISTRO DE IMÓVEIS.....	82
4.5 REGISTRO CIVIL DE PESSOAS JURÍDICAS.....	85
4.6 REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS.....	87
4.7 TABELIONATO E REGISTRO DE CONTRATOS MARÍTIMOS.....	89
4.8 REGISTRADOR E TABELIÃO ENQUANTO INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO COMO APRIMORAMENTO DA DEMOCRACIA.....	90
<b>CAPÍTULO 5 – O ESTADO DE EXCEÇÃO: SUSPENSÃO PERMANENTE DA ORDEM JURÍDICA VIGENTE.....</b>	<b>93</b>
5.1 CONCEITO DE ESTADO DE EXCEÇÃO.....	93
5.2 ORIGENS HISTÓRICAS: <i>IUSTITIUM</i> .....	96
5.3 ESTADO DE EXCEÇÃO NA MODERNIDADE.....	100
<b>CAPÍTULO 6 – CONCLUSÃO: EXCEÇÃO PERMANENTE COMO MOTIVO À LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO DO NOTÁRIO E REGISTRADOR NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO ATUAL.....</b>	<b>105</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>110</b>

## INTRODUÇÃO

A atividade registradora e a de tabelionato ocupam um papel relevante no dia a dia civil da sociedade brasileira. A consequência disso reside no fato de que diversos dos atos juridicamente relevantes tomam lugar nos cartórios extrajudiciais para que sejam formalizados, autenticados, tenham garantida sua publicidade e surtam os efeitos legais.

Tanto o início da personalidade civil, que decorre do nascimento com vida, quanto o fim da existência da pessoa natural tem a sua passagem pelos registros públicos executados pela atividade extrajudicial em foco.

Entre o início e fim da pessoa física, um rol crescente e incontável de atos requer o registro extrajudicial, sendo eles relacionados ao direito de família, à cidadania, à nacionalidade, aos direitos reais, ao crédito, entre diversos outros.

Portanto, percebe-se que o registro público em serventias extrajudiciais consiste num assunto de grande relevância no Direito. Entretanto, tal matéria é encarada de forma tímida ao se comparar com outras áreas do conhecimento jurídico. Inclusive, tal timidez é marcada pela pouca frequente existência dessa Cadeira nas graduações de Direito.

Ainda que existam aqueles que se dedicam aos estudos do Direito registral e notarial, as literaturas e estudos produzidos são sempre focados em questões pragmáticas e por elas são limitados. Logo, a presença de abordagens teóricas é escassa, o que forma um acentuado contraste com a relevância da atividade para a concretização de direitos e garantias fundamentais, tarefa que requer um mínimo de reflexões teóricas e constitucionais, de maneira a evadir a limitação imposta pela legislação positivada e pela prática cartorária.

Conclui-se que somente por meio do rompimento de tais fronteiras se pode progredir e aperfeiçoar a promoção dos direitos e garantias fundamentais por meio da atividade de registro e de notas.

No âmbito do Direito constitucional brasileiro, um importante avanço consistiu no advento da Constituição da República Brasileira de 1988, a qual trouxe consigo um amplo rol de direitos e garantias à sociedade brasileira. Nesse contexto, para a efetivação desse vasto rol de direitos e de garantias, o texto constitucional precisa contar com intérpretes não restritos apenas ao Poder Legislativo.

Desta forma, com o início da superação deste preceito positivista – a interpretação constitucional adstrita ao legislador – logo se falou em outros agentes capazes de interpretar diretamente a Constituição, despontando como último personagem para a referida tarefa, ao menos neste momento inicial, o Poder Judiciário.

De fato, é indiscutível a relevância judiciária na aplicação dos preceitos constitucionais. Contudo, para uma maior efetividade dessa empreitada, a atuação conjunta de outros atores a partir dos mais diversos campos de atuação se faz imprescindível.

Na referida função de intérprete da Constituição, o registrador e o tabelião são negligenciados. Fato esse que vai de encontro com a importância de sua atuação no seio da sociedade e com as amplas possibilidades proporcionadas no âmbito de suas atividades.

Essa desatenção para com as serventias extrajudiciais não tem mais lugar em no novo contexto dentro do qual foi elaborada a Constituição de 1988: o chamado Estado constitucional enquanto superação do Estado legislativo de índole liberal.

Conforme já ressaltado, não se pretende diminuir a importância da atuação judiciária como aplicador da Constituição, mas sim de possibilitar a existência de mais um intérprete constitucional e, conseqüentemente, de novos horizontes, possibilidades e contribuições além das oferecidas pelo Judiciário.

Com a finalidade de vislumbrar no delegatário um eficiente intérprete e promotor dos direitos e garantias fundamentais, é preciso que se rompa um contexto ainda bastante presente, qual seja a carência de interpretação madura e ativa por parte desses profissionais, com vistas à promoção do vasto conjunto desses direitos constitucionalmente garantidos. Tal déficit reforça a influência de um modelo liberal do século XIX já superado.

O apego às nuances técnicas e práticas pode decorrer simplesmente de um comodismo intelectual da categoria em tela. Entretanto, é mais plausível que seja consequência do tratamento dado a esses agentes em moldes anteriores a Constituição de 1988 por parte de certos órgãos do Poder Público, de maneira a tolher-lhes a possibilidade de autonomia intelectual no exercício de suas atribuições na medida em que emitem normatizações relativas à atividade de registro e de notas demasiadamente minuciosas, tomando eles para si toda a incumbência de decisão e elaboração das formas de prestação do serviço público de registro e de notas.

Não se defende que os notários e registradores não sejam pautados por instrumentos legais ou infra legais, mas sim que estes não tomem o caráter hoje verificado de limitar a autonomia desses profissionais em interpretar a constituição com a finalidade de solucionar os casos mais complexos em conjunto com o usuário, conforme as nuances do caso exigir.

Ao se falar em abertura para atuação de agentes diversos para a aplicação da Constituição, o que se pretende é a viabilização de uma pluralidade de pontos de partida em direção aos direitos fundamentais. Além dessa multiplicidade, é importante ressaltar a situação inflacionada das atribuições do Poder Judiciário e as suas decorrentes limitações que impulsionam a busca por outros protagonistas para a concretização das garantias constitucionais.

Essa maior atuação pretendida dos oficiais de registro e tabeliães se tornou exigível no contexto do Estado constitucional brasileiro pós 1988. Entretanto, desde a primeira década do século XX, já existiam autores a reivindicar uma

urgente reforma sobre essa categoria de profissionais, como é o caso de Joaquim de Oliveira Machado, devidamente mencionado ao longo do estudo.

Ante o exposto, negar aos delegatários uma atuação mais incisiva e autônoma de suas atividades equivale a refutar os próprios avanços trazidos pela Constituição brasileira de 1988.

Dentre as justificativas científicas para tal retardo no progresso de expansão interpretativa da Constituição – o que atinge, entre outros, o intérprete notário e registrador – foi apontada no presente trabalho a figura do estado de exceção.

Embora a palavra exceção possa indicar algo incomum e extraordinário, os autores utilizados nesse trabalho indicam que, pelo contrário, o regime excepcional já se tornou regra em grande parte dos Estados democrático contemporâneos.

Sobre o tema, autores como Giorgio Agamben, Carl Schmitt e Clinton Lawrence Rossiter indicam que tal estado se caracteriza pela suspensão – inicialmente temporária e excepcional, e agora ordinária e perene – do direito vigente, sem que ocorra sua revogação.

Assim, por meio desse paradigma de governo, ainda que o ordenamento jurídico vigente passe por progressos, práticas de períodos e contextos anteriores podem permanecer vigentes por meio da suspensão permanente da novel normatização.

Desta forma, por meio do método dedutivo, a presente dissertação tem por finalidade buscar conclusões segundo o tradicional raciocínio silogístico com base nas premissas já sucintamente apresentadas acima e melhor explicitadas a seguir.

As premissas maiores eleitas, e suas respectivas menores, são três. A primeira maior versa sobre a existência de uma sociedade plural e complexa na modernidade, marcada por ausência de unanimidade ética e pela ocorrência de



frequêntes mutações, o que mostra a insuficiência de um modelo jurídico centralizador estatal e a necessidade de outros intérpretes constitucionais como forma de atender às demandas específicas de grupos sociais distintos sem que ocorra exclusão de minorias. A premissa menor, por sua vez, é a verificação de ocorrência desse fenômeno da complexidade social no Brasil atual e a eleição, devidamente justificada, de um grupo de intérpretes relevantes como objeto de estudo e que compõem a sociedade civil participante na interpretação da Constituição: notários e registradores em conjunto com público que se utiliza dos serviços de registro e de notas.

A segunda premissa maior consiste no estudo do Estado constitucional e todo o caminho percorrido até que assumisse tal forma. Dessa forma estatal, se destaca a característica da centralidade da Constituição na promoção dos valores surgidos em uma sociedade heterogênea. Sua correspondente menor, por sua vez, trata do estudo particularizado da manifestação dessa forma estatal no Brasil, especialmente no período após a promulgação da Constituição de 1988, a qual funcionará como parâmetro para a atuação socialmente inserida dos profissionais do direito em questão.

Por fim, o terceiro par de premissas tem por geral o fenômeno do estado de exceção na contemporaneidade após as guerras mundiais, cuja principal característica é a possibilidade de suspender ordens jurídicas formalmente vigentes. E sua respectiva menor consiste na análise do caso particular brasileiro atual, vislumbrando a existência de uma exceção permanente a suspender inovações jurídicas nacionais que caminham no sentido do acesso constitucional mais plural.

A conclusão oriunda do conjunto de premissas acima exposto é que o estado de exceção perene sob o qual vive o Brasil é capaz de explicar a anulação de forças sociais interpretativas na concretização de direitos constitucionalmente garantidos, ainda que o País seja caracterizado como um Estado constitucional – o que pressupõe a superação do modelo da primazia legislativa liberal – e que demanda a atuação dos intérpretes em questão como forma de melhor

promover e defender os direitos fundamentais de acordo com particularidades dos grupos sociais inseridos em uma sociedade complexa.

## CAPÍTULO 1 – SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O CENTRALISMO JURÍDICO

É notória e mundialmente conhecida a rica diversidade étnico-cultural presente no vasto território brasileiro. É orgulho nacional a admirável harmonia sob a qual esta pluralidade toma lugar. Esta é, portanto, uma marcante qualidade do povo brasileiro: uma pluralidade harmônica e pacífica.

Sem grandes problemas aparentes, o Brasil laico e permissivo une toda esta multiculturalidade sob o governo de um só Estado. Evoca, para tanto, a figura deste povo plural permeado pelo espírito de uma nação una.

Esta unificação, entretanto, faz surgir um questionamento acerca da razoabilidade e conformidade democrática da submissão de toda essa multiplicidade cultural à autoridade e ao poder-violência do Estado brasileiro uno, pois, ainda que não sejam frequentes os confrontos diretos entre culturas, a sociedade brasileira, bem como a maioria das ocidentais contemporâneas, é carregada de conflitos éticos e na qual o direito se encontra sobrecarregado pela pulverização ética, fenômeno com o qual o direito estatal se mostra incapaz de lidar.<sup>1</sup>

No contexto descrito, o modelo jurídico normativista lógico formal não mais exerce suas principais funções de recuperar institucionalmente os conflitos emergidos no seio da sociedade e, tampouco, a de restaurar a estabilidade social.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> ADEODATO, João Maurício. Direito à saúde e o problema filosófico do paternalismo na bioética. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2012. p. 150.

<sup>2</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001 p. XVII.

O direito estatal, enquanto uma dentre as demais ordens éticas<sup>3</sup>, corresponde a uma normatividade produzida por um Estado, o qual procura excluir de sua dinâmica um alicerce mais íntimo com o social. Assim, o direito é produzido unicamente por órgãos estatais desvinculado das múltiplas manifestações de exteriorização normativa representada por outros corpos sociais e de práticas comunitárias.<sup>4</sup>

Paralelamente ao embate entre a complexização social e a unicidade normativa estatal, a Constituição de 1988 trouxe à tona princípios relativos a direitos que ratificaram a supremacia da sociedade sobre o Estado<sup>5</sup>, e se vale, para tanto, de grande carga axiológica. Desse modo, a Constituição já não consiste em um instrumento normativo restrito às prescrições de organização estatal e distribuição de poderes, mas, do contrário, é dotada do denso conteúdo substantivo, que pode ser utilizado em todo conflito jurídico<sup>6</sup>, em decorrência de sua maior maleabilidade.

Logo, nessa conjuntura, o papel da Constituição se torna central no Ordenamento Jurídico<sup>7</sup>, o que gera a necessidade de um novo modo de pensar o Direito constitucional. Nesse sentido, lembra Paulo Bonavides que a questão constitucional toma novas proporções, assumindo status global e inserido no seio da sociedade:

Como toda Constituição é provida pelo menos de um mínimo de eficácia sobre a realidade – mínimo que o jurista deve procurar converter, se possível, em máximo – é claro que o problema constitucional toma em nossos dias nova dimensão, postulando a necessidade de colocá-lo em termos globais, no reino da Sociedade.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> ADEODATO, João Maurício. **Direito à saúde e o problema filosófico do paternalismo na bioética**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2012. p. 150.

<sup>4</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001 p. XVII. p. 69 e 90.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2003, p. 368.

<sup>6</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA M. L. P.; OLIVEIRA F. M. R. (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 6.

<sup>7</sup> QUARESMA, R.; OLIVEIRA M. L. P.; OLIVEIRA F. M. R. (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2003. p. 97.

Diante dessas duas situações, novos paradigmas surgem, a exemplo do neoconstitucionalismo<sup>9</sup>, dispostos a lançar mão da carga valorativa e flexibilidade da Constituição com o intuito de viabilizar a solução dos conflitos de uma sociedade complexa mediante o manuseio dos preceitos constitucionais pelo Poder Judiciário nos casos concretos sem a necessidade de intermediação do Legislador.

Entretanto, em vista das especificidades do contexto brasileiro, no qual se encontra um Judiciário auto inflacionado em suas atribuições, de forma a se assemelhar à imago paterna portadora da moralidade pública<sup>10</sup>, torna-se essencial o estudo e viabilização de um espaço público, aberto e compartilhado, no qual seja permitida participação direta de diversos agentes na produção normativa extra ou infra-estatal (institucionalizadas ou não).<sup>11</sup>

Até o momento, o trabalho apresentou a necessidade de descentralização da interpretação constitucional, com especial atenção ao ambiente das serventias extrajudiciais, o qual comporta tanto o profissional do direito – registrador ou tabelião – como também a coletividade representada no usuário do serviço público de registro ou de tabelionato.

A finalidade da ampliação do rol dos intérpretes constitucionais tem como objetivo a otimização da efetivação e da defesa dos direitos fundamentais, uma vez que uma nova seara de possibilidades será aberta, o que é uma necessidade em uma sociedade em crescente complexidade, como é o caso da brasileira.

Isto se justifica porque a observância dos direitos fundamentais de grupos ou indivíduos cada vez mais heterogêneos não pode estar restrita ao legislador e

---

<sup>9</sup> QUARESMA, R.; OLIVEIRA M. L. P.; OLIVEIRA F. M. R. (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 7.

<sup>10</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58, Nov. 2000, p. 183.

<sup>11</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, p. 77-78.

ao juiz, os quais são muitas vezes distantes das particularidades das necessidades apresentadas diante dos notários e dos registradores. Por este motivo, será analisado o fenômeno da crescente heterogeneidade social, com especial atenção ao Brasil atual.

## 1.1 COMPLEXIDADE SOCIAL NO BRASIL E NA MODERNIDADE

Mesmo no período pré colonial brasileiro, já se podia observar uma rica diversidade cultural no seio das sociedades indígenas da América latina, inclusive no Brasil.

Existem estimativas imprecisas acerca da presença indígena anterior a chegada dos europeus no território atualmente compreendido pelo Brasil. Segundo o historiador Boris Fausto, existe uma grande margem de divergência acerca da população indígena pré colonial, a qual compreende desde dois milhões de habitantes em todo o território brasileiro de hoje, até as estimativas que quantificavam cinco milhões de indígenas que habitavam apenas a região amazônica.<sup>12</sup>

Apesar do referido desacordo populacional acima mencionado, pode-se notar a existência de uma pluralidade originária habitava as terras da recém descoberta colônia portuguesa.

Apenas com intuito ilustrativo, é possível enumerar algumas das etnias indígenas genuinamente brasileiras e suas respectivas localizações territoriais. Na extensão de todo o território brasileiro, havia a ocupação majoritária de dois grupos: os tupinambás (ou simplesmente tupis) e os guaranis. Ambos possuíam semelhanças linguísticas e culturais, o que possibilitou a simplificação denominativa tupi-guarani para os dois grupos. Além dessas etnias, podem ser citadas, em rol não exaustivo, a dos goitacazes, que

---

<sup>12</sup> FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 6. ed. São Paulo: Edusp, 1998, p. 38.

povoavam os arredores da foz do Rio Paraíba; a dos aimorés, que ocupavam o norte do Espírito Santo e sul da Bahia; a dos tremembés, habitantes da faixa compreendida entre o Ceará e Maranhão<sup>13</sup>; entre diversos outros povos indígenas, cuja análise atenta comportaria longas páginas de estudos acerca da riqueza cultural das populações originárias brasileiras, com as quais a Europa teve contato.

Embora Enrique Dussel corretamente descreve o fato histórico da chegada dos colonizadores à América com a expressão “o encobrimento do outro”<sup>14</sup> para se referir à sobreposição da cultura europeia em detrimento da nativa, muitos costumes indígenas foram perpetuados até a atualidade<sup>15</sup> e puderam se imiscuir aos de origem não indígena.

Ainda no período colonial, existiu ainda outro fator que contribuiu para a miscigenação cultural da sociedade brasileira: a utilização de mão de obra escrava negra. De maneira semelhante ao caso da cultura indígena, o contato europeu com a cultura negra foi também marcado por violência e intolerância.

Entretanto, a truculência e a relação de dominação e submissão não impediram a ocorrência de trocas e misturas entre as culturas ali envolvidas.

A escravatura que, em si mesma, parecia destruidora da sociedade, criou uma nova sociedade, a das comunidades negras, com sua contribuição mais ou menos modificada e alterada de crenças e de comportamentos, o vudu haitiano e a macumba brasileira, a das comunidades mais ou menos mestiçadas e aculturadas.<sup>16</sup>

Desta forma, com o decorrer da história, o Brasil – cujo contexto não difere da totalidade latino americana – foi palco de contato entre culturas das mais distintas, conforme explicita Pierre George:

---

<sup>13</sup> FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 6. ed. São Paulo: Edusp, 1998, p.35.

<sup>14</sup> DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: conferências de Frankfurt**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1993, p. 8.

<sup>15</sup> MACHADO NETO, Antonio Luis. **Sociologia jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 1979, p. 309.

<sup>16</sup> GEORGE, Pierre. **Sociedades em mudança: introdução a uma geografia social do mundo moderno**. Tradução de Nicole Masuet. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 69.

As sociedades latino-americanas associam a sincretismos diversos a superposição, ou a interferência, de formas de organização e de relações oriundas de sistemas econômicos diferentes. Sincretismo, os casamentos culturais de civilizações postas em contato pelas vicissitudes históricas.<sup>17</sup>

Mesmo tempos depois, com a descolonização, diversos fatores ainda influenciaram na mutação social, tais como explosão demográfica, introdução de novas tecnologias de produção, e divisão geográfica dos recursos essenciais à industrialização.<sup>18</sup>

Já no século XX, a principal causa de mudanças sociais consistiu na industrialização. Isso se justifica porque a indústria cria centros de concentração operária, recorre a técnicos oriundos de universidades nacionais e estrangeiras<sup>19</sup> – o que propicia um constante intercâmbio de ideários e culturas.

Acresça-se a isso a contribuição da migração e do êxodo rural, os quais deslocam contingentes de populacionais de sua origem a regiões diversas em busca de melhores condições de vida e de trabalho. Com isso, são retiradas as demarcações, outrora claras, das particularidades de cada região, bem como dos ambientes rural e urbano.<sup>20</sup>

Então, o ambiente urbano moderno se mostra um campo onde ocorrem diversas trocas e atritos sociais, ou, nas palavras do autor, “a cidade é assim uma espécie de cadinho de contradições, e sob esse aspecto, um ambiente gerador de tensões”.<sup>21</sup>

Juntamente com as trocas intra territoriais de migrantes no Brasil, surge a globalização da economia – processo generalizado entre os países – como agravante da diversidade. Já no século XX, a territorialidade pouca importância tem para a construção e manutenção de identidades.

---

<sup>17</sup> GEORGE, Pierre. **Sociedades em mudança**: introdução a uma geografia social do mundo moderno. Tradução de Nicole Masuet. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 69.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 73.



Associada ao permanente contato de diversas culturas de origens distintas, conforme se nota na história brasileira, existe ainda o elemento multiplicador da complexidade que consiste na fluidez, fragilidade ou efemeridade dos valores existentes na modernidade.

Sobre o assunto, Zygmunt Bauman se vale do substantivo “liquidez” para tratar da modernidade, de seus valores e conceitos, ao equiparar sua estabilidade à dos líquidos, posto que

[...] os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas “por um momento” [...] Os fluidos se movem facilmente. Eles “fluem”, “escorrem”, “esvaem-se”, “respingam”, “transbordam”, “vazam”, “inundam”, “borrifam”, “pingam”; são “filtrados”; “destilados”; diferentemente dos sólidos, não são facilmente contidos – contornam certos obstáculos, dissolvem outros e invadem ou inundam seu caminho.<sup>22</sup>

O estado de fluidez de uma determinada sociedade tende ao derretimento de certos sólidos<sup>23</sup>, conforme ilustra Bauman, e, assim como a liquidez, a solidez é igualmente uma característica atribuível a valores, ideários, tradições, costumes.

Uma sociedade contida no contexto de liquidez não tem como objetivo a simples desconstrução de tudo quanto se foi pensado e criado, e a conseqüente instauração de um estado carente de moral e de identidade que viva a profanar o que outrora foi sagrado.

Em verdade, uma sociedade líquida visa “limpar a área para *novos e aperfeiçoados sólidos*; para substituir o conjunto herdado de sólidos deficientes e defeituosos por outro conjunto, aperfeiçoado e preferivelmente perfeito, e por isso não mais alterável”.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 8.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 9, grifo no original.

Diante disso, o papel dos delegatários – bem como de diversos outros aplicadores do direito – é estar sensível a esse processo de liquefação dos valores, identidades, conceitos, ideias e costumes, sempre prontos a participar, ao mesmo tempo, da construção e aperfeiçoamento dos sólidos frutos do dinamismo social.

Neste sentido, cumpre trazer a lição de Zagrebelsky que equipara os valores constitucionais a um ponto de chegada. Segundo o autor, no pós positivismo representado pelo Estado constitucional, todos os segmentos que compõem a complexidade social devem ter a possibilidade de contribuir para a efetivação da Constituição (o destino final).<sup>25</sup>

As instituições públicas que tradicionalmente aplicavam o texto constitucional, de maneira a orientar todas as demais, são atualmente incapazes de reconhecer e respeitar as particularidades culturais existentes, o que normalmente torna invisível as necessidades de culturas minoritárias.

Isso torna uma relevante parcela populacional excluída da participação na direção do Estado, ainda que tal fração consista em destinatária das determinações estatais. Em outras palavras, povo de quem emana o poder não é o mesmo povo que o exerce efetivamente.<sup>26</sup>

Ao se defender, em contrapartida, independência e descentralização da efetivação de direitos fundamentais como forma de evitar exclusão de minorias culturais, não se deve incorrer no receio de criação de desordem ou insegurança, pois, a Constituição funciona como elemento unificador<sup>27</sup> de toda a pluralidade cultural e axiomática.

A temática apresentada pode ser representada pelo questionamento feito por Amy Gutman: Podem cidadãos com diversas identidades ser representaods

---

<sup>25</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 41.

<sup>26</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 63.

<sup>27</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 39.

como iguais, mesmo que as instituições públicas não reconheçam suas identidades particulares, mas apenas os interesses universais mais amplamente partilhados...?”<sup>28</sup>

Assim, omissão (por vezes mascarada de “neutralidade” ou “impessoalidade”) de certos profissionais do direito em se inserir na liquidez da sociedade onde se encontra somente dificulta o reconhecimento da diversidade cultural. E, com a finalidade de se atender aos anseios da sociedade moderna, por meio da maior participação popular na vida pública, e promover a justiça social, é necessário retomar debates acerca da democracia<sup>29</sup> e construir novos caminhos que propiciam a satisfação de direitos à sociedade complexa atual.

Já foi esclarecido que este estudo não considera o âmbito dos registros públicos o único ou, ainda, compõe o mais importante grupo de intérpretes para se viabilizar da almejada descentralização jurídica, mas ele parte de uma premissa maior – no caso representada por teorias pós-positivistas – em direção à premissa menor que vislumbra nesses agentes uma peça essencial na gradual liquefação do modelo normativo legalista centralizado, e o destino final é representado pela consequência da descentralização realizada no ambiente composto pelos cartórios extrajudiciais e a população usuária de tais serviços, qual seja a concretização mais inclusiva de direitos fundamentais, independentemente das particularidades culturais.

---

<sup>28</sup> GUTMAN, Amy. Introdução. In: TAYLOR, Charles, et al. **Multiculturalism: examining the politics of recognition**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1994, p. 3.

<sup>29</sup> FABRIZ, Dauri Cesar. Qual democracia?. **Depoimentos**: revista da Faculdade de Direito de Vitória, v. 4, n. 7, jul./dez., 2003, p. 57.

## **CAPÍTULO 2 – ESTADO CONSTITUCIONAL: A CONSTITUIÇÃO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Juntamente com o desenrolar histórico da sociedade e seu ascendente grau de complexidade na modernidade, é igualmente necessário analisar o processo histórico pelo qual passou o Estado moderno. De posse de conceitos de ambos os processos mencionados, pode-se melhor compreender a inserção do constitucionalismo brasileiro no seio da sociedade, e, assim, melhor compreender seus progressos, limitações e desafios na concretização dos direitos fundamentais atenta às crescentes particularidades regionais e culturais.

Ademais, o caminho histórico percorrido pelo Estado é repleto de influências advindas das mudanças sociais. Valores e conceitos foram constantemente liquefeitos, ao passo que outros foram solidamente construídos – ainda que, por vezes, efêmeros. Soberania, representação, ordem, tradições, unidade são exemplos do que foi periodicamente fruto de revisões, construções e desconstruções.

Portanto, a atenção às vicissitudes sociais, políticas e jurídicas (especialmente constitucional) conduz à compreensão mais exata do Direito constitucional brasileiro atual e de suas necessidades.

Somente assim, uma vez encontrado o estado do conhecimento científico constitucional, poderá ser feita uma análise acerca de práticas adotadas no contexto jurídico atual brasileiro, os quais, por vezes, se mostram em flagrante desconformidade com o novo momento constitucional nacional representado pela Constituição brasileira de 1988.

### **2.1 DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL**

### 2.1.1 Vicissitudes da soberania

Para compreender as fases pela qual o Estado moderno passou no seu percurso entre Estado nacional e o atual Estado constitucional, considerações acerca da soberania serão traçadas como requisitos para efetiva compreensão desse processo.

Desde sua concepção, sob a forma de Estado nacional, o Estado moderno entendia soberania como uma situação de força, em sentido material, voltada para a manutenção da unidade política.<sup>30</sup> O poder soberano era absoluto, mas não sem limites. A carência de limitações apenas ocorria para perseguir manter a ordem da comunidade política e evitar conflitos, pois para tais fins não se admitia a ocorrência de acordos ou de partilhas sobre o poder.<sup>31</sup>

Neste primeiro contexto, a soberania deve ser entendida em dois planos: o primeiro relativo à unidade política interna e o segundo à unidade em âmbito externo<sup>32</sup>, as quais serão explicitadas logo abaixo.

Com a finalidade de afirmar sua unidade interna, o Estado aplicava tal força – a soberania – na tarefa de erradicar toda e qualquer força existente dentro de seu território que pudesse emergir como concorrente do Estado uno, ou quaisquer antagonismos que ameaçassem fragmentar a unicidade almejada<sup>33</sup>, afinal, o poder do soberano é indivisível e não admite controle ou contrapeso por parte de outras forças.<sup>34</sup>

Em decorrência disso, com vistas em sua afirmação sobre qualquer outro agente dentro de seu domínio, o ente estatal sequer mantinha relações

---

<sup>30</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 10.

<sup>31</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la Antigüedad a Nuestros Días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 74.

<sup>32</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 10.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>34</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la Antigüedad a Nuestros Días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 75.

jurídicas com indivíduos ou entidades dentro de seu domínio político que não representassem relação de pura sujeição.<sup>35</sup>

Quanto ao citado plano externo da soberania, os Estados recém formados se equiparavam a fortalezas blindadas de qualquer intervenção sofrida por entidades externas, sob pena de deixar de ser soberano. Logo, não era de se admitir uma autoridade internacional superior e capaz de submeter os Estados nacionais contra suas vontades.<sup>36</sup>

As únicas maneiras por meio das quais as soberanias dos Estados se aproximavam, portanto, eram as relações horizontais criadas exclusivamente por livre adesão de cada ente participante e, eventualmente, a própria guerra enquanto conflito das soberanias estatais.<sup>37</sup>

Na esfera jurídica, a soberania reconduzia ao Estado qualquer manifestação de força política, caracterizando-o como uma pessoa una e indivisível, que manifestava sua vontade por meio de seus órgãos. Nesse contexto, era estendido aos órgãos e agentes estatais a soberania (força), haja vista que agiam em nome e com autoridade do próprio Estado.<sup>38</sup>

Todo o regramento e regulação da atuação estatal, seja por órgãos ou agentes, compunha o “direito do Estado”, que indicava tanto sua criação exclusiva pelo Estado como sua função serviente ao mesmo, de forma que “a soberania estatal era assim o ponto de partida e de retorno deste direito, o critério de sentido e orientação de todos os seus elementos.”<sup>39</sup>

### **2.1.2 Forças corrosivas sobre o Estado unitário**

---

<sup>35</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 10.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 10-11.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 11.

A soberania, na forma como apresentada, constituiu o fundamento do Direito público do Estado moderno, dando azo a que Gustavo Zagrebelsky o chamasse de “Estado de Força”. Tal arquétipo estatal se desenvolveu até que alcançasse seu ápice no século XIX. Entretanto, sob a influência de princípios políticos do liberalismo e da democracia, conheceu, também naquele século, o início de seu declive <sup>40</sup>, deixando a soberania de se identificar com a força material da pessoa estatal.

O direito do Estado, entretanto, gradualmente se torna incompatível com determinadas forças corrosivas da soberania, tanto em seu âmbito interno quanto externo. Dentre tais forças, Zagrebelsky enumera:

[...] o pluralismo político e social interno, que se opõe à própria ideia de soberania e de sujeição; a formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado, que operam no campo político, econômico, cultural e religioso, com frequência em dimensões totalmente independentes do território estatal; a progressiva institucionalização, promovida às vezes pelos próprios Estados, de ‘contextos’ que integram seus poderes em dimensões supraestatais, subtraindo-lhes assim a disponibilidade dos Estados particulares; e inclusive a atribuição de direitos aos indivíduos, que podem fazê-los valer perante jurisdições internacionais frente aos Estados a que pertencem.<sup>41</sup>

Tais forças, nos tempos originais do Estado moderno, permaneciam adormecidas pela necessidade de integração e centralização do poder estatal com o fim de garantir a sobrevivência estatal no contexto conflituoso entre os polos oriental e ocidental.<sup>42</sup>

Portanto, uma vez desaparecida a situação de insegurança latente em outros tempos da existência do Estado moderno, a soberania centralizada na figura estatal perde sua razão de ser.

---

<sup>40</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 11.

<sup>41</sup> “[...] el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de <<contextos>> que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen”. Ibidem, p. 11-12.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 12.

### 2.1.3 Estado constitucional

Desde o século XIX, o Estado moderno, politicamente centralizado, se depara com necessidades e contextos que exigem adaptações acerca da partilha de sua soberania. Conforme dito anteriormente, ao menos em um sentido negativo, não há razões para a manutenção de uma acentuada centralização política na pessoa do Estado.

Entretanto, as reflexões pelas quais passam a ciência do direito público nas últimas décadas não são marcadas pela substituição total de seus termos e conceitos (aliás, se mantiveram quase inalterados), mas eles não comportam mais significados estanques ou únicos. Nesse novo contexto, pois, são diversos os elementos que compõe o direito público.<sup>43</sup>

Assim, num contexto de diversas forças compondo o espaço público, nota-se a carência de um ponto valorativo unificador e, conseqüentemente, a ciência do direito público deve construir e aperfeiçoar suas categorias já não mais pré definidas centralizadamente pela soberania estatal. Inexiste, portanto, um centro indiscutível de ordenação.<sup>44</sup> Segundo a ilustração feita por Zagrebelsky, o direito constitucional é composto de materiais destinados à construção de um edifício:

Para usar uma imagem, o direito constitucional é um conjunto de materiais de construção, mas o edifício concreto não é obra da Constituição em quanto tal, mas sim de uma política constitucional que trata das possíveis combinações desses materiais.<sup>45</sup>

Desta forma, as sociedades pluralistas, ou seja, onde há presença de diversos grupos sociais heterogêneos, mas sem que nenhum deles possua forças

---

<sup>43</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 12.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>45</sup> "Por usar una imagen, el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales." Ibidem, p. 13, tradução nossa.



suficientes para prevalecer sobre os demais e compor a base da soberania estatal de maneira exclusiva, conferem à Constituição a tarefa de garantir condições para construção de um projeto de vida comum<sup>46</sup>, conforme esclarece o autor italiano:

Desde a Constituição, como plataforma de partida que representa a garantia de legitimidade para cada um dos setores sociais, pode-se começar a competição para imprimir ao Estado uma orientação de uma ou outra marca, no âmbito das possibilidades oferecidas pelo compromisso constitucional.<sup>47</sup>

Defronte dessa natureza da Constituição nas sociedades plurais estudiosos como Zagrebelsky<sup>48</sup> consideram que a mera substituição da soberania do Estado pela da Constituição uma simples alteração genitiva, o que pode, inclusive, prejudicar o desenvolvimento da pluralidade.

Entretanto, resgatando uma advertência anteriormente colocada, é preciso conferir novos significados a conceitos já existentes desde o surgimento do Estado moderno, não sendo, portanto, essencial a completa substituição terminológica (o que, aliás, também pode mascarar movimentos reacionários sob termos evolutivos).

Dentre os conceitos merecedores de nova significação se encontra o de soberania, pois não se deve mais compreendê-la como “uma força real capaz de impor-se incondicionalmente”<sup>49</sup> Assim, não se pretende mais – por meio da Constituição – a criação de uma nova fonte central de força mantenedora da unidade política estatal.<sup>50</sup>

Neste sentido, Zagrebelsky deixa claro que Constituições democráticas são justamente o oposto do centralismo político:

---

<sup>46</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p.13.

<sup>47</sup> “Desde la Constitución como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional.” Ibidem, p.13.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>49</sup> Ibidem, p.13.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 13.

A assunção do pluralismo em uma Constituição democrática é simplesmente uma proposta de soluções e coexistências possíveis, ou seja, um 'compromisso das possibilidades' e não um projeto rigidamente ordenador que possa assumir um *a priori* da política com força própria, de cima para baixo. Somente assim poderemos ter constituições 'abertas', constituições que permitam, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social como a competição para assumir a direção política, condições ambas para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática.<sup>51</sup>

Portanto, ainda que se fale atualmente em soberania da Constituição, para entender o real papel constitucional numa sociedade plural basta considerar as constituições não como herdeiras da soberania que sustentou o Estado moderno unitário, mas sim a fonte de legitimidade dos diversos atores sociais que contribuem para a condução política do Estado intitulado constitucional.

Essa dilatação das forças ativas sobre a direção do Estado constitucional simplesmente corresponde à necessidade de inserir a realidade na interpretação dos valores constitucionais.

A amplitude de intérpretes é o que melhor compõe a realidade pluralista do Estado deste contexto. Ao considerar-se que a norma constitucional não é um dado prévio e acabado, deve-se necessariamente indagar acerca dos participantes do desenvolvimento normativo. Tal ampliação decorre, portanto, da necessidade de integração da realidade ao processo de interpretação constitucional, pois “[...] os intérpretes em sentido amplo compõe essa realidade pluralista”.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> “La asunción del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un <<compromiso de las posibilidades>> y no un proyecto rigidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo. Sólo así podremos tener constituciones <<abiertas>>, constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p.14, tradução nossa, grifo no original.

<sup>52</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 30.

Acerca da existência de valores plurais, com a finalidade de descrever a principal característica do direito num Estado constitucional, Gustavo Zagrebelsky se vale da expressão “*Diritto mite*” – constante no título original de sua obra – na qual o adjetivo *mite* indica algo benévolo, clemente, indulgente, manso, tranquilo, acessível <sup>53</sup>. Neste trabalho, foram eleitas as palavras que giram em torno das ideias relativas à “docilidade” como figurativo capaz de abranger, com certa fidelidade, as sinonímias possíveis pelo adjetivo italiano, e que seja, ainda, capaz de corroborar as ideias extraídas da obra italiana.

Dito isso, a docilidade é a principal característica do direito num Estado constitucional atual. Tal adjetivo implica na capacidade de proporcionar a coexistência de valores e princípios – coexistência essa na qual deve a Constituição firmar suas bases. Logo, nenhum valor ou princípio deve ser considerado absoluto ou superior aos demais, com exceção ao valor supremo da pluralidade dos valores (um metavalor, nos termos de Zagrebelsky) <sup>54</sup>. Este é o único ponto que deve ser considerado indiscutível:

Estas são, afinal, as supremas exigências constitucionais de toda sociedade pluralista que queira ser e preservar-se como tal. Únicamente neste ponto deve valer a intransigência e unicamente nele as antigas razões da soberania ainda devem ser plenamente salvaguardadas.<sup>55</sup>

Em síntese, a docilidade atribuída à Constituição de um Estado plural pode ser representada pelas palavras coexistência e compromisso, de forma a fazer oposição a qualquer política de exclusão ou imposições por uso de força.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup>ZINGARELLI, Nicola. **Lo Zingarelli**: vocabolario della lingua italiana. 12. ed. Milano: Zanichelli, 2012. p. 1413.

<sup>54</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 14.

<sup>55</sup> “Estas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal. Únicamente en este punto debe valer la intransigencia y únicamente en él las antiguas razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas”. Ibidem, p.15.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 15.

Desta maneira, conforme já reiterado anteriormente, existe uma constante tentativa dos grupos e atores sociais em imprimir na direção política do Estado a sua marca e seus pensamentos. Essa ideia, segundo o autor, não passa despercebida pelos constitucionalistas que primam pela diversidade, uma vez que estes estudiosos

Sabem que o direito constitucional, invocado nas salas dos tribunais constitucionais, nas aulas universitárias e em todos os lugares nos quais pode exercer uma influência na realidade, tem que manter abertas suas possibilidades e condições de existência e não encerrá-las abraçando inteiramente a perspectiva de alguma das partes. Sabem, em fim, que hoje existe contradição entre direito constitucional e adesão unilateral a um projeto político particular fechado.<sup>57</sup>

Assim, sem um projeto político definido unilateralmente, nota-se que a reformulação do significado do conceito clássico de soberania deve ser o preço a pagar com o fito de possibilitar a integração dócil das forças plurais sob a única forma da unidade possível.<sup>58</sup> Haja vista não haver mais motivos racionais que justifiquem a eliminação de forças ameaçadoras da unidade homogênea interna do Estado moderno, bem como considerar tudo quanto for estrangeiro uma ameaça à soberania estatal.

Ainda que reste clara a intenção de Zagrebelsky ao frisar que a única unidade possível seria a integração de todo o pluralismo contido no Estado constitucional, o autor ainda traz uma metáfora esclarecedora acerca dos objetivos do direito constitucional plural, qual seja, “a dogmática fluida.”<sup>59</sup>

A fluidez à qual se refere tem como objetivo retirar qualquer possibilidade de entendimento equivocado quanto à unicidade almejada quando se refere à dogmática jurídica sob a forma de um líquido, dentro do qual pode ser contido

---

<sup>57</sup> “Sabem que el derecho constitucional, invocado en las salas de los tribunales constitucionales, en las aulas universitarias y en todos los lugares en los que puede ejercer una influencia sobre la realidad, tiene que mantener abiertas sus posibilidades y condiciones de existencia y no cerrarlas abrazando enteramente la perspectiva de alguna de las partes. Saben, en fin, que hoy existe contradicción entre derecho constitucional y adhesión unilateral a un proyecto político particular cerrado.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 16, tradução nossa.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 17.

todos os elementos do direito constitucional e, ainda que sejam heterogêneos, são agrupados em uma composição não rígida, posto que existe uma instabilidade resultante das forças pluralistas ao atuar nas vida constitucional concreta.<sup>60</sup> Nas palavras diretas do autor:

A dogmática constitucional deve ser como o líquido no qual as substâncias que se derramam – os conceitos – mantêm sua individualidade e coexistem sem choques destrutivos, ainda que com certos movimentos de oscilação, e, em todo caso, sem que jamais um só componente possa impor-se ou eliminar os demais. Posto que não pode haver superação em uma síntese conceitual que fixe de uma vez por todas as relações entre as partes, degradando-as a simples elementos constitutivos de uma realidade conceitual que as englobe com absoluta firmeza, a formulação de uma dogmática rígida não pode ser o objetivo da ciência constitucional.<sup>61</sup>

Em contrapartida, é feita uma metáfora no sentido exatamente oposto à ideia acima explicitada, na qual o único conteúdo sólido e inflexível que a ciência constitucional plural deve manter, a todo custo, é a preservação da dogmática líquida contra os agressores da pluralidade de valores e princípios.<sup>62</sup>

Portanto, acerca das características do direito constitucional<sup>63</sup> atual, segundo descreve Gustavo Zagrebelsky, pode-se concluir que o mesmo deve ser dócil para com os princípios e valores constantes no corpo social, de maneira a tornar possível a coexistência deles e, para tanto, é impossível que haja valores superiores aos demais ou, ainda, considerados absolutos. De igual forma, o direito constitucional deve também ser dócil em relação a outros Estados, de maneira a viabilizar o cooperação e conexão entre direito interno e externo. A única exceção, entretanto, recai sobre o metavalor da pluralidade, a qual deve ser considerada absoluta e inegociável.

---

<sup>60</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 17.

<sup>61</sup> “La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten – los conceptos – mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar los demás. Puesto que no puede haber superación en una síntesis conceptual que fije de una vez por todas las relaciones entre las partes, degradándolas a simples elementos constitutivos de una realidad conceptual que las englobe con absoluta firmeza, la formulación de una dogmática rígida no puede ser el objetivo de la ciencia constitucional.” Ibidem, p. 17, tradução nossa.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 14-18.

### 2.1.4 Passagem do Estado de direito ao Estado constitucional

O caminho histórico seguido pela figura estatal até que chegasse ao Estado constitucional será abordado para que se possa compreender o estágio atual e o estágio anacrônico em que algumas instituições do direito se encontram. Cumpre ressaltar, ainda, que a explicação para desacordo cronológico, será, em momento posterior, explicado por meio de teóricos do estado de exceção.

A partir do século XIX, passou-se a buscar a eliminação de arbitrariedades estatais para com os cidadãos, o que, terminologicamente, culminou no chamado Estado de direito, o que equivale a dizer “Estado sob o regime de direito”<sup>64</sup>, dando lugar ao regime da força estatal.<sup>65</sup>

Ainda que a expressão Estado de direito seja considerada demasiada ampla, ela indica claramente um valor e indica, ao menos, a direção a ser seguida pelo desenvolvimento estatal: a já mencionada extirpação das arbitrariedades estatais em relação aos cidadãos e subordinação estatal ao direito<sup>66</sup>.

Por isso, em decorrência de sua amplitude e de seu propósito bem definido, aqueles Estados que possuíssem um ordenamento jurídico e o observasse, poderiam se intitular “de direito” coerentemente, independentemente da composição tal ordem jurídica<sup>67</sup>. Isso porque era irrelevante

[...] que a lei imposta se resolvesse em medidas pessoais, concretas e retroativas; que se a fizesse coincidir com a vontade de um Fühler, de um Soviete de trabalhadores ou de Câmaras sem liberdades políticas, em lugar de um Parlamento livre; que a função desempenhada pelo Estado mediante a lei fosse o domínio total sobre a sociedade, em lugar da garantia dos direitos dos cidadãos.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> “Estado bajo el régimen de derecho”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 21.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>67</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>68</sup> “[...] que la ley impuesta se resolviese en medidas personales, concretas y retroactivas; que se la hiciera coincidir con la voluntad de un Fühler, de un Soviet de trabajadores o de Câmaras sin liberdades políticas, en lugar de con la de un Parlamento libre; que la función desempeñada

Afora tais possibilidades de distorção e afastamento da origem liberal do termo, Zagrebelsky entende haver no Estado liberal do século XIX uma substância<sup>69</sup> relativa às funções e finalidades estatais e, nesse sentido, Mohl afirma que esta forma estatal tinha como “essência a proteção e promoção do desenvolvimento de todas as forças naturais da população, como objetivo da vida dos indivíduos e da sociedade”<sup>70</sup>.

Assim, a sociedade é o elemento central e de onde emana o sentido de compreensão do Estado de direito, e não mais a autoridade do Estado. Simetricamente, a lei deixa de ser a expressão da vontade estatal imposta incondicionalmente, e se torna instrumento de garantia dos direitos individuais.<sup>71</sup>

Ainda sobre o Estado de direito marcado por características liberais, a lei, neste contexto, como um ato deliberativo do Parlamento representativo e dotado de supremacia sobre a Administração, além de consistir na única forma que o Estado possui para intervir nos direitos dos cidadãos. Sua aplicação, por fim, deveria ser realizada por juízes independentes, cuja competência era o emprego exclusivo da lei nos conflitos judiciais.<sup>72</sup>

Portanto, em suma, pode-se dizer que o sentido do Estado de direito, em conformidade com sua origem liberal, pretende condicionar a autoridade do Estado à liberdade da sociedade, tendo a lei como o ponto de equilíbrio entre os dois extremos (atuação estatal e direitos da sociedade).<sup>73</sup>

---

por el Estado mediante la ley fuese el dominio totalitario sobre la sociedad, en vez de la garantía de los derechos de los ciudadanos” Ibidem, p. 23, tradução nossa.

<sup>69</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 23.

<sup>70</sup> “Sein Wesen besteht darin, dass er die vom Volke als Lebenszweck des Einzelnen und der Gesamtheit anerkannte Entwicklung aller natürlichen Kräfte schützt und sördert.”. MOHL, Robert Von. **Encyklopädie der Staatwissenschaften**. Tübingen: Laup & Siebeck. 1859, p. 106, tradução nossa.

<sup>71</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 23.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 23.

### 2.1.5 O princípio da legalidade

Diante de tudo quanto foi exposto até o momento, pode-se facilmente perceber que o Estado liberal de direito era essencialmente um Estado legislativo, o qual se afirmava por meio do princípio da legalidade.<sup>74</sup>

Tal princípio, de maneira geral, eleva a lei a um grau normativo tão elevado que não conhecia, no direito, oponentes suficientemente fortes e capazes de lhe fazer frente. Não havia, portanto, ordem superior à lei, e o direito, se não se confundia com a lei, ao menos era submisso a ela.<sup>75</sup>

Zagrebelsky diz que esses efeitos do princípio da legalidade celebraram a derrota das tradições jurídicas do Absolutismo e do Antigo Regime por parte da supremacia legislativa. Por sua vez, sobre o mesmo assunto, Carl Schmitt vislumbra na legalidade um efeito mais marcante. Segundo o entendimento do jurista alemão as tradições absolutistas foram simplesmente substituídas pela legalidade<sup>76</sup>, pois ambas têm o condão de conceder legitimidade aos atos estatais.

A lei, ao mesmo tempo em que suplantou regimes autoritários, ainda representou a centralização política do poder público, mesmo que fosse irrelevante suas origens históricas bem como o órgão (ou órgãos) de onde emanou. Portanto, a força de lei provinha do simples fato de emanar de um órgão legislativo, que se tornava apto a tomar decisões soberanas.<sup>77</sup>

Por esse motivo, Schmitt – fundado em Smend – considera que o Estado de direito liberal havia criado uma nova espécie de forma de legitimação por meio da legalidade e sem maiores preocupações de cunho axiológico:

---

<sup>74</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 24.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>76</sup> SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 6.

<sup>77</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 24.



Na opinião de Rudolf Smend [...], tanto o liberalismo quanto o parlamentarismo de cunho liberal não teriam nenhum *páthos* especial, nenhuma “pretensão sobre validade valorativa” e, por conseguinte, também nenhuma “força legitimadora peculiar”. Também “não teriam, em absoluto, a necessidade de envidar esforços por uma legitimação equivalente qualquer”.<sup>78</sup> No entanto, não se pode negar que o Estado legiferante hermeticamente fechado no tocante a todo procedimento estatal desenvolveu um sistema de justificação peculiar: “legalidade” tem aqui justamente o sentido e a tarefa de tornar obsoletos e negar tanto a legitimidade (do monarca, assim como da vontade popular plebiscitária) quanto toda e qualquer autoridade superior e todo poder público fundamentados em si mesmos.<sup>79</sup>

Inserida ainda na soberania do legislativo estava a avocação de toda a regulação, conforme as palavras do autor: “Na soberania legislativa estava ínsita a força normativa absoluta, mas também o dever de assumir por inteiro o peso de todas as exigências de regulação.”<sup>80</sup>

Portanto, nesses termos, a onipresença regulatória é decorrência da soberania legislativa e, nesse sentido, pelo princípio da legalidade, outra coisa não se fez senão a substituição da tradição absolutista do Estado.<sup>81</sup> O rei foi, assim, substituído pelo parlamento<sup>82</sup>, pois a assembleia inaugurou uma nova forma de despotismo, que garantia a si o poder de normatização indefinido, exercível em todos os âmbitos da sociedade.<sup>83</sup>

De acordo com o ponto de referência, o princípio da legalidade liberal se manifestava de uma forma para com a Administração e de outra para com os cidadãos. Quanto à submissão da Administração ao princípio da legalidade, pelo menos duas possibilidades históricas foram observadas: a predeterminação; e a delimitação da Administração pela lei.

---

<sup>78</sup> SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 8

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 8-9.

<sup>80</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 25.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>82</sup> SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 25.

<sup>83</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la Antigüedad a Nuestros Días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 121.

Acerca da predeterminação legal, esta manifestação do princípio se encontrava no parlamento monista francês. Nesse caso, a Assembleia era a representante originária da Nação, de maneira que os demais órgãos apenas eram autoridades derivadas<sup>84</sup>. Por conseguinte, a ausência da manifestação desse poder originário significava a impossibilidade do poder derivado da Administração existir e atuar.<sup>85</sup>

Já a delimitação administrativa pela lei, como observada na Alemanha<sup>86</sup>, a carência de lei ocasionava a ausência de delimitação da atuação da Administração, a qual, portanto, poderia buscar livremente seus propósitos.

Assim, tornam-se compreensíveis e elucidativas as síntese feita por Zagrebelsky acerca dos dois modelos expostos:

Segundo a primeira e mais rigorosa concepção do princípio da legalidade, o poder executivo, carente de poderes originários, dependia integralmente da lei, que – como ‘por meio de um contágio’ lhe atribuía cada poder singular. A capacidade de atuar do executivo dependia de *leis de autorização* e somente era válida dentro dos limites de dita autorização. A segunda concepção, ao contrário, atribuía ao executivo a titularidade originária de poderes para a proteção dos interesses do Estado, circunscrevendo-a somente por fora, por meio de *leis limitadoras*<sup>87</sup>.

De qualquer forma, a mais branda ou mais severa, o dito princípio resguardava à lei tratar das relações entre Estado e sociedade, de forma a ser vedado à Administração uma ação independente.<sup>88</sup>

Sobre o assunto, Schmitt considera tal característica de subordinação da Administração à lei como típica da tradição absolutista:

---

<sup>84</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 27.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>87</sup> “Según la primera y más rigurosa concepción del principio de legalidad, el poder ejecutivo, carente de potestades originarias, dependía íntegramente de la ley, que – como <<por medio de un contágio>> - le atribuía cada potestad singular. La capacidad de actuar del ejecutivo dependía de *leyes de autorización* y sólo era válida dentro de los límites de dicha autorización. La segunda concepción, por el contrario, atribuía al ejecutivo la titularidad originaria de potestades para la protección de los intereses del Estado, circunscribiéndola solamente desde fuera por medio de *leyes limitadoras*.” Ibidem, p. 27, tradução nossa, grifo no original.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 28.

O Estado legiferante parlamentar, com sua separação entre lei e aplicação da lei, também pressupõe, para tal aplicação da lei, um “Executivo” legitimamente operante, mas que, malgrado sua subordinação à lei, seja autônomo e distinguível. Nesse ponto, todavia, depende do sistema específico de justificação em que se encontrar o aparato administrativo, o que, nos séculos XVII e XVIII, revelava-se como a legitimidade dinástica do soberano absoluto.<sup>89</sup>

Por outro lado, com relação ao cidadão, o princípio da legalidade relacionava-se com o princípio da autonomia, haja vista serem os indivíduos livres desde que não esbarrassem nos limites da lei. Logo, a lei não deveria ser executada pelo particular, mas apenas observada como limite à sua vontade.<sup>90</sup>

Em resumo, pode-se assim dizer do sentido da lei: subordinação administrativa como garantia do interesse público predeterminado pelo legislativo; e, para com o cidadão, mera regulação de sua autonomia individual.<sup>91</sup>

Quanto ao juiz, o princípio da legalidade reduzia-o a simples aplicadores de um direito elaborado de maneira completamente alheia à sua contribuição, o que o tornou incapacitado de exercer qualquer papel de contrapeso e equilíbrio no desenvolvimento do Direito<sup>92</sup>, o que deu margem à caracterização do Estado legiferante feita por Carl Schmitt:

Uma manifestação típica do Estado legiferante é normatização predeterminada, mensurável e determinável quanto ao conteúdo, duradoura e geral. A decisão judiciária se apresenta como mera aplicação dessa normatização, assim como toda a vida estatal deve ser apreendida por um sistema de legalidade fechado que possibilite subsunções de mérito.<sup>93</sup>

Portanto, resta clara a dependência de toda a forma de atuação estatal para com a lei parlamentar, o supremo veículo normativo, restando tanto ao Executivo quanto ao Judiciário a atividade compreensão da vontade e dos limites legalmente estabelecidos para desempenharem suas funções.

---

<sup>89</sup> SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 6.

<sup>90</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 28.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>93</sup> SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 3.

### 2.1.6 Abstração e generalidade da lei

A generalidade da lei era a essência do Estado de direito. A razão disso era a possibilidade que esse atributo garantia à norma legal de se impor a todos os sujeitos indistintamente. Além disso, tal característica era premissa para a separação dos poderes, pois, em sentido contrário, se a lei fosse específica e individual, a atividade legislativa englobaria também a judiciária e a administrativa.<sup>94</sup>

Ademais, a generalidade da norma legal era uma garantia de imparcialidade estatal e da preservação contra a concessão de privilégios – *leges privatae* – típicos da sociedade pré liberal no Antigo regime.<sup>95</sup>

Logo, conforme lembra Schmitt, se o Estado de direito houvesse permitido que o legislativo cumulasse todas essas funções estatais, o absolutismo monárquico seria apenas substituído pela arbitrariedade de uma maioria vencedora constituída no seio de uma Assembleia.<sup>96</sup>

### 2.1.7 A homogeneidade do direito legislativo

O princípio da legalidade garantia, ainda, a hegemonia da burguesia - expressada na Câmara representativa – em detrimento da retração das atividades executivas e judiciais.<sup>97</sup>

A jurisdição, neste contexto, se limitava a aplicação da norma não elaborada por ela, sem que houvesse, desta forma, espaço para uma atuação como

---

<sup>94</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 29.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>96</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 159.

<sup>97</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 30.

contrapeso – como era desempenhada pelos corpos judiciais no Antigo regime.<sup>98</sup>

Quanto ao executivo administrador, ele sequer possuía meios de perseguir seus fins em decorrência de sua subordinação à lei, de forma que a Administração assumia a mesma posição que qualquer outro sujeito de direito<sup>99</sup>, sem prerrogativas condizentes com a busca pelo interesse público inerente à atividade administrativa.

Portanto, observa-se que o princípio da legalidade - naquilo que diz respeito à atuação administrativa e judicial - desempenhava um papel mantenedor da coerência da atuação estatal, haja vista que todas as manifestações da vontade do Estado eram uniformizadas pela lei.<sup>100</sup>

A busca por essa coerência resulta na necessidade que um ordenamento jurídico tem de encontrar princípios e valores unitários, como meio de evitar contradições dentro do direito vigente e caos na vida social. Então, se a unidade administrativa e judicial eram um problema a ser resolvido no contexto liberal, bastava que se recorresse ao princípio da legalidade para saná-lo.<sup>101</sup>

As leis, entre si, eram dotadas de coerência, pois a compatibilidade era considerada fato:

Sua sistematicidade poderia se considerar um dado, um postulado que vinha assegurado pela tendenciosa unidade e homogeneidade das orientações de fundo da força política que se expressava através da lei, sobretudo porque a evolução dos sistemas constitucionais havia assegurado a hegemonia dos princípios políticos e jurídicos da burguesia liberal.<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 30.

<sup>99</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>102</sup> “Su sistematicidad podía considerarse un dato, un postulado que venía asegurado por la tendencial unidad y homogeneidad de las orientaciones de fondo de la fuerza política que se expresaba a través de la ley, sobre todo porque la evolución de los sistemas constitucionales había asegurado la hegemonía de los principios políticos y jurídicos de la burguesía liberal”. Ibidem, p. 31, tradução nossa.

Logo, a hegemonia da lei se dava mesmo sobre os documentos constitucionais de então, pois a Constituição era apenas um ponto de partida, ou ainda uma trava de segurança que impedia o retorno ao absolutismo. Em outras palavras, com o fito de atender os interesses burgueses, esse mecanismo de segurança deveria apenas impedir o retrocesso, ou seja, não poderia obstruir o progresso da legislação burguesa.<sup>103</sup> Então, a lei não possuía sobre si nenhum limite normativo e, nos termos de Zagrebelsky, sequer havia necessidade disso:

Juridicamente, a lei podia tudo, pois estava vinculada a um contexto político-social e ideal definido e homogêneo. Nisso estavam contidas as razões dos limites e a ordem, sem necessidade de prever nenhuma medida jurídica para assegurá-los. O direito entra em ação para suprir a carência de uma ordenação expressada diretamente pela sociedade, e não era esse o caso. Uma sociedade política 'monista' ou 'monoclasse', como era a sociedade liberal do século passado, incorporava em si as regras de sua própria ordem.<sup>104</sup>

Deste modo, na sociedade monista descrita acima, percebia-se que a legislação se desenvolvia por impulsos advindos apenas de uma origem, permanecendo, assim, as forças antagônicas neutralizadas e sem influência sobre a lei.<sup>105</sup>

Friedrich Müller intitula tal processo de homogeneização como iconização do povo: um movimento bárbaro, colonizador, extremo, liquidador e comparável à limpeza étnica<sup>106</sup>, por desconsiderar diferenças sócio culturais.

O objetivo de tal atrocidade é o de rotular toda a população real de um país como a imagem e semelhança de uma classe dominante<sup>107</sup>, no caso, a

---

<sup>103</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 31.

<sup>104</sup> "Jurídicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido e homogêneo. En él se contenían las razones de los límites y del orden, sin necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos. El derecho entra en acción para suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, y no era éste el caso. Una sociedad política <<monista>> o <<monoclase>>, como era la sociedad liberal del siglo pasado, incorporaba en sí las reglas de su propio orden". Ibidem, p. 31, tradução nossa.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>106</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.p. 67.

<sup>107</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 68.

burguesia liberal. Ou seja, é a criação de um conceito de povo diferente do que é a população real – e por isso a figura do ícone – com intuito de obter alguma legitimação do poder<sup>108</sup> estatal exercido por uma determinada parcela populacional, pois “governar significa decidir e exercer o poder. O povo é o fator determinante e decisivo da legitimação dos governos democráticos modernos”.<sup>109</sup>

O entendimento acerca do direito naquele contexto era viabilizado pelo positivismo jurídico, o qual reduzia a ciência jurídica ao estudo da legislação positivada pela única instância competente para tanto:

A concepção de direito própria do Estado de direito, do princípio da legalidade e do conceito de lei de que temos falado era o ‘positivismo jurídico’ como ciência da legislação positiva. A ideia expressada por esta fórmula pressupõe uma situação histórico-concreta: a concentração da produção jurídica em uma só instância constitucional, a instância legislativa. Seu significado supõe uma redução de tudo o que pertence ao mundo do direito – isto é, os direitos e a justiça – ao disposto por uma lei. Essa simplificação leva a conceber a atividade dos juristas como um mero serviço da lei, se não inclusa como sua simples exegese, ou seja, conduz a pura e simples busca pela vontade do legislador.  
110

De fato, uma ciência, nos moldes em que se encontrava o direito, não poderia aspirar a posição de uma ciência autônoma<sup>111</sup>, pois bastam algumas poucas palavras do legislador e toda a literatura até então produzida se transformam em detrito.<sup>112</sup>

<sup>108</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 68.

<sup>109</sup> FABRIZ, Dauri Cesar. Qual democracia?. **Depoimentos**: revista da Faculdade de Direito de Vitória, v. 4, n. 7, jul./dez., 2003, p. 84.

<sup>110</sup> “La concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley del que hemos hablado era el <<positivismo jurídico>> como *ciencia de la legislación positiva*. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 33, tradução nossa, grifo no original.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 33.

Estranho é que tal positivismo acríptico do século XIX ainda se faça presente, mesmo que a realidade não seja condizente com o direito positivo, especialmente o jurista prático. Contudo, tal anacronismo somente pode se justificar pela força da tradição <sup>113</sup>, haja vista estar inserido num Estado constitucional e plural.

Assim, nos últimos anos, já não se pode encontrar o mesmo contexto que compunha o Estado de direito legislativo. E as transformações ocorridas de em ser pensadas como mudanças de fundamentos, e não um mero desvio efêmero que anseia pelo movimento reacionário. <sup>114</sup>

Em um contexto recente, a vinculação da Administração a uma lei prévia deixou de ser realidade a partir do momento em que entrou em crise a função estatal de manter sua função garantidora das regras jurídicas gerais e abstratas mediante atos individuais e concretos e, simultaneamente, ascenderam as tarefas de gestão direta que demandam aparatos organizativos que atuam segundo lógica própria. Portanto, importante determinante da crise do princípio da legalidade na concepção tradicional foi a exigência da Administração de seguir sua lógica organizativa, a qual é antagônica a normatividade externa. <sup>115</sup>

A experiência na organização administrativa seguramente pode “[...] oferecer muitos exemplos da força inelutável a qual poderíamos chamar de a concreta ‘legislação da organização’”<sup>116</sup>, frente a qual o princípio da legalidade liberal significa recuo da Administração. <sup>117</sup>

Nesses termos, pode-se dizer que as tarefas eminentemente administrativas se deparam com a incapacidade legislativa de tudo abranger. Logo, num Estado

---

<sup>113</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 33.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>116</sup> “[...] ofrecer muchos ejemplos de la fuerza ineluctable de la que podríamos llamar la concreta <<legislatividad de la organización>>.” Ibidem, p. 35.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 35



constitucional, qualquer entendimento que considere a onipresença eficaz da lei se mostra equivocado quanto às atividades da Administração.

Por esse motivo, fala-se no princípio da autonomia funcional da Administração, a qual carece de poderes específicos necessários ao desempenho de suas funções, cabendo à lei apenas a indicação das tarefas e das autoridades competentes e "para todo o resto, a Administração atua fazendo uso de uma específica autonomia instrumental..." <sup>118</sup> Até mesmo o limite entre sua autoridade e a liberdade dos sujeitos é um equilíbrio a ser buscado pela Administração. Assim, a afirmação de que a atividade administrativa consiste em mera execução da lei somente se mostra errônea nesse contexto. <sup>119</sup>

A título de exemplo e melhor visualização da aplicação de tais conceitos, atualmente, no Brasil, a lei que combate o uso e tráfico de entorpecentes – a Lei 11.343/06 – se limita a dar as diretrizes gerais sobre a política anti drogas, ao passo que a escolha das substâncias consideradas drogas compete à Administração, por meio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, ainda, a própria atuação policial na repressão ao tráfico causa goza de certa autonomia que tal atividade requer.

Portanto, nesse exemplo se pode ver precisamente onde termina a atuação legislativa e se inicia a autonomia instrumental administrativa, a qual se depara de frente com as liberdades individuais. A mesma situação, no Brasil, ocorre com setores relacionados à telefonia, economia, serviços de distribuição de energia elétrica, questões ambientais e os demais setores que sofrem a regulação direta administrativa.

Por mais uma vez, então, o princípio da legalidade sofre uma alteração em sua concepção liberal, pois a liberdade individual não se delimita pelo raciocínio de que tudo é permitido, exceto aquilo que a lei proíbe. Em contrapartida, no Estado constitucional, pode mesmo ocorrer a inversão desta lógica, havendo

---

<sup>118</sup> "Para todo lo demás, la Administración actúa haciendo uso de una específica autonomía instrumental [...]" ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 35.

<sup>119</sup> Ibidem, p. 35.

setores da vida social, como a utilização de recursos ambientais como o subsolo, em que a regra seja a proibição, ao passo que a exceção seja a permissão, cabendo tal avaliação à Administração.<sup>120</sup>

Paralelamente à crescente autonomia administrativa, a lei tem verificado a redução de seu caráter de geral e abstrato. Tal redução decorre da “pulverização”<sup>121</sup> do direito legislativo, que se espalha e se multiplica em diversos assuntos da vida pública, o que torna a norma legislativa mais específica e concreta.

A razão desse impacto sofrido pela norma legal é identificada por João Maurício Adeodato “como pulverização ética”<sup>122</sup> que consiste na crescente diversidade de ordens éticas, dentre as quais se encontra o direito. Nesse contexto, cada uma desses grupos éticos demandam da norma um tratamento específico, com base no princípio da igualdade do Estado social, o qual requer a disciplina adequada segundo as particularidades de cada grupo ou situação. Consequência disso é a crise do princípio da generalidade.<sup>123</sup>

O princípio da abstração, por seu turno, teve sua crise ocasionada pelas rápidas transformações que tomam lugar no seio social e dos grupos que o compõe, o que requer a rápida substituição normativa ou mudança de sentido de acordo com as novas necessidades.<sup>124</sup>

Dentre os fatores que ocasionaram o fim da aspiração legislativa em se converter no principal fator de ordenação, encontram-se as características que Zagrebelsky chama de contratualidade e ocasionalidade da lei<sup>125</sup>. Em suma, ambas se referem a vícios na representatividade desse instrumento normativo.

---

<sup>120</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 36.

<sup>121</sup> “Pulverización”. Ibidem, p. 37.

<sup>122</sup> ADEODATO, João Maurício. **Direito à saúde e o problema filosófico do paternalismo na bioética**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2012. p. 148.

<sup>123</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 37.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>125</sup> Ibidem, p. 37.

A primeira delas, a contratualidade, ocorre porque "o ato de criação do direito legislativo é a conclusão de um processo político em que participam numerosos sujeitos sociais particulares (grupos de pressão, sindicatos, partidos)." <sup>126</sup> Dessas negociações ocorridas no momento da criação legislativa surge a ocasionalidade, pois basta que um desses grupos adquira força suficiente e o mesmo estará a exercer influência nessas concessões mútuas. Surge, então, o risco de substituição da maioria legislativa pelas "[...] cambiantes *coalizões legislativas de intereses* [...]" <sup>127</sup>

A pulverização do direito legislativo, então, soma sua heterogeneidade de conteúdos à variedade de forças políticas em embate, o que acarreta a heterogeneidade dos valores e interesses contidos nas leis. Por isso,

A lei - neste ponto de sua história - já não é a expressão 'pacífica' de uma sociedade política internamente coerente, mas é a manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social; não é o final, mas a continuação de um conflito; não é um ato impessoal, geral e abstrato, expressão de interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis, ou seja, se preferível, 'constitucionais', do ordenamento. É, pelo contrário, um ato personalizado (no sentido de que provém de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis) que persegue interesses particulares. A lei, em suma, já não é garantia absoluta e última de estabilidade, mas ela mesma se converte em instrumento e causa de instabilidade. <sup>128</sup>

Estes são, em suma, os entraves do desenvolvimento da democracia parlamentar, já que os representantes comumente se distanciam da vontade

---

<sup>126</sup> "El acto de creación de derecho legislativo es la conclusión de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales particulares (grupos de presión, sindicatos, partidos)." ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 37.

<sup>127</sup> "[...] cambiantes *coaliciones legislativas de intereses* [...]". Ibidem, p. 38, tradução nossa, grifo no original.

<sup>128</sup> "La ley – en este punto de su historia – ya no es la expresión <<pacífica>> de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, <<constitucionales>>, del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares. La ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad." Ibidem, p. 38, tradução nossa.

dos representados, “[...] quer por pressão do sistema em que se inserem ou por enveredarem nos tortuosos e destruidores caminhos dos interesses pessoais em detrimento dos interesses coletivos.”<sup>129</sup>

Então, o processo legislativo fechado, nos moldes em que é aqui apresentado, manifesta-se como uma imbatível oposição à legitimação adquirida pela identidade existente entre o fruto parlamentar e uma vontade legítima e existente.<sup>130</sup> O que há é uma ficção pela qual se crê que o procedimento legislativo basta para tornar a lei legítima, quando, em verdade, inexistente uma vontade legitimadora a permeá-la.

Têm-se, portanto, os dois grandes fatores que conduzem à instabilidade e à carência de coerência do direito legislativo: a ocasionalidade das coalizões firmadas durante o processo legislativo; e o somada o crescente número de intervenções legislativas requeridas pelas novas situações variantes surgidas na sociedade.<sup>131</sup> Além da instabilidade e incoerência, o autor destaca as seguintes características da lei:

A consequência é o caráter cada vez mais comprometido do produto legislativo, tanto mais na medida em que a negociação se estenda a forças numerosas e com interesses heterogêneos. As leis pactuadas, para poder conseguir o acordo político e social ao qual aspiram, são contraditórias, caóticas, obscuras e, sobretudo, expressam a idéia de que - para conseguir o acordo - tudo é suscetível de transação entre as partes, inclusive os mais altos valores, os direitos mais intangíveis.<sup>132</sup>

Isso dá margem a uma pluralidade de ordenamentos à sombra do estatal. Entre esses ordenamentos menores, alguns podem ser considerados opostos

<sup>129</sup> FABRIZ, Daury Cesar. FUCHS, Horst. Interesse local e direitos fundamentais na Federação Brasileira a partir de 1988. **Depoimentos**: revista da Faculdade de Direito de Vitória, n. 13, jan./jun., 2008, p. 26.

<sup>130</sup> SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 5.

<sup>131</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 38.

<sup>132</sup> “La consecuencia es el carácter cada vez más compromisorio del producto legislativo, tanto más en la medida en que la negociación se extiende a fuerzas numerosas y con intereses heterogêneos. Las leyes pactadas para poder conseguir el acuerdo político y social al que aspiran, son contradictorias, caóticas, oscuras y, sobre todo, expresan la idea de que – para conseguir el acuerdo – todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles.” Ibidem, p. 38, tradução nossa.

ao estatal, ao mesmo tempo em que outros podem ser considerados compatíveis, de modo a permitir a estes últimos a contribuição de colaborar na construção do ordenamento estatal.<sup>133</sup>

Então, diante dessa situação, o postulado positivista do século XIX, que considera o direito como de origem estatal, deve ser revisto, pois a lei recua diante da regulação de setores inteiros por parte de autoridades locais e mesmo de sujeitos sociais coletivos, como sindicatos e associações. Tal situação enxerga incompatibilidade com relação ao processo normativo centralizado. Por isso, "a concorrência de fontes, que substitui o monopólio legislativo do século passado [século XIX], constitui assim outro motivo de dificuldade para a vida do direito como ordenamento"<sup>134</sup>. Portanto, nesse contexto, a ideia de que o conjunto de normas, por si, seja equivalente a ordenamento jurídico deve ser abandonada.<sup>135</sup>

### 2.1.8 Constituição como elemento unificador

As Constituições do final do século passado têm eleito como objetivo a remediar tais efeitos destrutivos do ordenamento por meio de um nível normativo mais alto, o qual seja capaz de impor sua observância até mesmo ao legislador. Para alcançar esse fim, a Constituição visa conter ou orientar os desenvolvimentos contraditórios da produção normativa oriundos da heterogeneidade, que por sua vez nasce da contratualidade e ocasionalidade. É preciso rever a noção de direito que o positivismo jurídico até então teve.<sup>136</sup>

Ao se considerar que a unidade de um ordenamento já não consiste num fato, mas sim em um problema de difícil solução, a pretensão liberal de submeter tanto o executivo como o judiciário a regras estáveis e gerais é descabida e a atividade desses poderes alcançam, nesse contexto, a própria atividade do

---

<sup>133</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 39.

<sup>134</sup> "La concurrencia de fuentes, que ha substituido al monopolio legislativo del siglo pasado, constituye así otro motivo de dificultad para la vida del derecho como ordenamiento". Ibidem, p. 39, tradução nossa.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 39.

legislador, pois é possível encontrar um conjunto de princípios e valores constitucionais superiores, sobre os quais existe um consenso social suficientemente amplo.<sup>137</sup>

O pluralismo, em tais condições, não se traduz em um conjunto desconexo e incoerente de normas enquanto existir convergência geral sobre alguns aspectos referentes à convivência política, os quais se tornam indisponíveis pelo legislativo e das fontes normativas concorrentes.<sup>138</sup>

Portanto, a lei soberana, que outrora fora a medida de tudo em âmbito normativo, agora foi destronizada pela Constituição e se converteu, assim, em objeto a ser medido por parâmetros de instância mais elevada. E essa instância assumiu a importante função de zelar pela unidade e pela paz de sociedades inteiras divididas interiormente<sup>139</sup>, as quais buscam influenciar na produção normativa segundo suas necessidades heterogêneas e fluidas.

Semelhante função não era encontrada no contexto liberal anterior, pois naquela sociedade política havia os pressupostos de homogeneidade e de paz. Essa construção de uma identidade nacional homogênea e excludente consistia em mecanismo de opressão de diferenças sociais e culturais e, conseqüentemente, de expansão de um poder precariamente legitimado.<sup>140</sup> Por outro lado, no novo contexto, é o princípio da constitucionalidade que tem a tarefa de garantir a unidade no ordenamento.<sup>141</sup>

Entretanto, é necessário, neste momento, fazer a ressalva de que a unidade e harmonização almejadas pela Constituição não pode ser confundida com a unificação verificada no contexto do Estado de direito liberal, e tampouco se pode pensar que a tarefa constitucional consiste numa adaptação da homogeneidade realizada pela lei liberal, conforme esclarece o autor:

---

<sup>137</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 40.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>140</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 84-85.

<sup>141</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 40.

Se pensarmos, mediante uma transposição da velha ordem conceitual, em uma mecânica unificação de cima para baixo, por meio de uma força jurídica hierarquicamente superior que se desenvolve unilateral e dedutivamente a partir da Constituição, invadindo todas as demais e subordinadas manifestações do direito, andaríamos completamente errados. Estaríamos propondo de novo um esquema que simplesmente substitui a soberania concreta do soberano (um monarca ou uma assembleia parlamentar), que se expressava na lei, por uma soberania abstrata da Constituição. Porém semelhante substituição não é possível e nos conduziria a um mal entendimento das características do Estado constitucional atual.<sup>142</sup>

De fato, o que se tem pretendido nos Estados que adotam o molde constitucional não pode ser propriamente chamada de unificação, e sim uma série de divisões que compõem uma unidade. Em outros termos, a pretensão dos Estados é reconhecer como distintos os componentes do direito, os quais eram todos unificados ou reduzidos na lei, o que, aliás, servia de pressuposto para a soberania legislativa. Tais reduções eram próprias do positivismo jurídico do século XIX.<sup>143</sup>

E, por fim, se atualmente o jurista entende que seu trabalho consiste num serviço à lei, ainda que integrada à Constituição, isso não significa que tais pensamentos sejam compatíveis ao atual contexto. Se tais concepções acerca da aplicação do direito ainda persistem, é simplesmente pela força da inércia e da tradição, já que as razões políticas e sociais que justificavam tais resíduos já não existem mais.<sup>144</sup>

A partir da premissa apresentada, segundo a qual a Constituição corresponde ao elemento unificador e orientador do desenvolvimento do ordenamento

---

<sup>142</sup> “Si pensásemos, mediante una traposición del viejo orden conceptual, en una mecánica unificación de arriba hacia abajo, por medio de una fuerza jurídica jerárquicamente superior que se desarrolla unilateral y deductivamente a partir de la Constitución, invadiendo todas las demás y subordinadas manifestaciones del derecho, andaríamos completamente errados. Estaríamos proponiendo de nuevo un esquema que simplemente sustituye la soberanía concreta del soberano (un monarca o una asamblea parlamentaria), que se expresaba en la ley, por una soberanía abstracta de la Constitución. Pero semejante sustitución no es posible y nos conduciría a un malentendimiento de los caracteres del Estado constitucional actual.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 40, tradução nossa.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 41.

jurídico no seio de uma sociedade heterogênea, tornam-se necessárias considerações acerca daqueles que podem contribuir para uma melhor correspondência entre Constituição e sociedade.

Até então, durante os contextos anteriores do Estado de direito (final do século XVIII, todo o XIX e primeira metade do XX), a interpretação normativa passou por períodos de rigoroso cárcere. Nesses períodos, em linhas gerais, a hermenêutica sofria limitações em sua amplitude.

Em primeiro lugar, a interpretação era completamente voltada para o contexto social e político de interesses da burguesia, o que, inclusive, dispensava a existência de uma Constituição como norma superior e orientadora, já que a homogeneidade pressuposta indicava o norte normativo.

Ademais, quanto a limitação presente no âmbito de seus agentes, era percebida uma severa dependência do juiz aplicador com relação ao texto legal, posto que sua função correspondia à aplicação normativa despida de grande criatividade, de maneira que a maior virtude do juiz era a capacidade de encontrar a vontade do legislador e aplicá-la ao conflito.

Em contrapartida, com a ruptura da homogeneidade encontrada no Estado liberal, o que refletiu no advento do Estado constitucional e na conseqüente substituição do produto legislativo pela Constituição como mais alto grau normativo, fez-se necessário ampliar as possibilidades interpretativas.

Portanto, em contexto de maior pluralidade, os métodos de interpretação devem partir da fundamental ideia de inclusão da Constituição inserida na realidade constitucional, motivo pelo qual deve-se investigar acerca dos agentes confortadores da realidade constitucional, conforme preconiza Peter Häberle.<sup>145</sup> Portanto, também no âmbito interpretativo se faz necessária uma considerável mudança, pois

---

<sup>145</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 12



A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Ela reduz, ainda, em seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.<sup>146</sup>

Com base nisso, Häberle propõe que, no processo de interpretação constitucional, estejam presentes todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, cidadãos e grupos, de forma a ser incompatível, na atualidade heterogênea, a fixação de um rol cerrado de intérpretes da Constituição. É, então, impensável a interpretação sem as potências públicas citadas.<sup>147</sup>

Conseqüentemente, o próprio estudo do Direito constitucional deve também sofrer suas adequações às necessidades da sociedade num Estado constitucional, conforme os termos de Häberle:

Uma teoria constitucional que se concebe como ciência da experiência deve estar em condições de, decisivamente, explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (Öffentlichkeit), o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes. A pergunta em relação aos participantes da interpretação constitucional deve ser formulada no sentido puramente sociológico da ciência da experiência. Deve-se indagar, realisticamente, que interpretação foi adotada, a forma ou maneira como ela se desenvolveu e que contribuição da ciência influenciou decisivamente o juiz constitucional no seu afazer hermenêutico.<sup>148</sup>

Mesmo no início da segunda metade do século XX, ainda prevalecia a idéia de que o acesso à interpretação constitucional estava restrita aos órgãos estatais ou, no máximo, aos participantes diretos de processos constitucionais, o que indicava a noção de interpretação da Constituição dentro dos órgãos oficiais.

<sup>149</sup>

Até então, a legitimação para o acesso constitucional era estabelecida pela

---

<sup>146</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 11.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>149</sup> Ibidem, p. 24.

competência formal de interpretação constitucional e, ainda, em conformidade com procedimentos pré estabelecidos.<sup>150</sup>, o que caracteriza, mais uma vez, o processo encoberto de construção do ícone do povo por meio do formalismo jurídico, conforme leciona Friedrich Müller.<sup>151</sup>

Entretanto, uma vez traçado o objetivo de construção da realidade constitucional, todos os grupos sociais e mesmo indivíduos devem ser considerados intérpretes autênticos para que a construção seja a mais fiel possível à realidade social.<sup>152</sup>

Ao se considerar interpretação um procedimento abeto, a referida equivalência entre vinculação oficial e capacidade interpretativa da Constituição perde o sentido de existir, conforme apregoa Peter Häberle:

A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas.<sup>153</sup>

Juntamente aos intérpretes individuais e desvinculados diretamente do Poder Público, existem também outros agentes, aqueles que compõe as estruturas administrativas, judiciárias e legislativas, os quais, isoladamente, não podem deixar de ocupar a posição de intérprete constitucional. Diz-se, em outras palavras, que os integrantes das diversas organizações estatais também têm a potencialidade de contribuir na tarefa da interpretação do texto constitucional.<sup>154</sup>

Logo, para que haja a inclusão da realidade dentro do processo de

---

<sup>150</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 29.

<sup>151</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 84.

<sup>152</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 24.

<sup>153</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 24-25.

interpretação, condição indispensável é a ampliação do corpo de intérpretes, o qual, uma vez amplamente dilatado, é o que compõe a realidade pluralista. Além disso, ao se considerar que a norma não consiste numa decisão prévia, simples e acabadas, deve-se necessariamente indagar acerca daqueles que atuam no desenvolvimento da norma.<sup>155</sup>

Dessa forma será possível compor a unidade da Constituição, a qual deve ser composta pelo agrupamento de contribuições plurais, uma vez que estarão presentes a atuação dos mais diversos intérpretes<sup>156</sup>, e não apenas o limitado labor daqueles incumbidos oficialmente do manuseio dos pretextos constitucionais.

Quanto à legitimidade dessa pluralidade, Nas palavras de Häberle, "[...] a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade e da realidade da Constituição..."<sup>157</sup>

Nessa esteira, quanto mais uma Constituição se presta a estabelecer algo além da organização do Estado – ao ingressar na esfera social e privada, por exemplo –, mais ela deve integrar as forças sociais e privadas; não se pode, portanto, considerá-las meros objetos.<sup>158</sup> Então, percebe-se que a limitação do rol de intérpretes corresponde, na verdade, ao empobrecimento do desenvolvimento do Direito constitucional:

Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes "corporativos" ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo. De resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes "não corporativos".<sup>159</sup>

Por isso, no contexto contemporâneo, "a expansão dos direitos de cidadania e

---

<sup>155</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 30.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 32 -33.

<sup>157</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>158</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>159</sup> Ibidem, p. 34.

as novas exigências do mundo moderno obrigam-nos a uma avaliação das reais dimensões que toma hoje o regime democrático no âmbito do Estado nacional”.<sup>160</sup>

Portanto, torna-se claro que a limitação de intérpretes to texto constitucional – conforme mencionada acima – corresponde a um impeditivo do aprimoramento da democracia constitucional. Desenvolver a ciência constitucional sem perder de vistas a ampliação interpretativa, então, significa o aprimoramento do próprio regime democrático.

---

<sup>160</sup> FABRIZ, Daury Cesar. Qual democracia?. **Depoimentos**: revista da Faculdade de Direito de Vitória, v. 4, n. 7, jul./dez., 2003, p. 57.

## CAPÍTULO 3 – CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E O CENTRALISMO JURÍDICO: NECESSIDADE DE FONTES MÚLTIPLAS DE DIREITO

### 3.1 PÓS POSITIVISMO JURÍDICO: INTERPRETAÇÃO PRINCIPOLÓGICA E PLURALISMO JURÍDICO

Como importante fruto da maturação teórica constitucional descrita no capítulo anterior no Brasil, ocasionada pelas características da Constituição de 1988, cabe mencionar o reconhecimento da existência de regras e princípios na estrutura normativa, acentuando a tradição iniciada pela Constituição de 1934<sup>161</sup>. Logo, tanto regras quanto princípios passam a ser consideradas normas jurídicas, já que ambos são expressões deônticas, isto é, dizem o que deve ser.<sup>162</sup>

Essas categorias são diferenciadas, em suma: pelo grau de generalidade (princípios possuem o maior grau em relação às regras); pelo caráter axiológico explícito (mais explícito nos princípios); e pelo fato de serem normas de argumentação ou de comportamento (regras são normas de comportamento, ao passo que princípios são de argumentação).<sup>163</sup>

O referido entendimento, nos termos de Gustavo Zagrebelsky, é um rompimento com o pensamento do positivismo jurídico, o qual classifica os princípios e as normas programáticas – projetadas para o futuro e não para o contexto presente – como contaminação das verdadeiras normas jurídicas. O brocado positivista diz que não passam de manifestações de boas intenções ou meras afirmações políticas, ou seja, não poderiam ser levadas a juízo, já que

---

<sup>161</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2003. p. 366.

<sup>162</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-86.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 85-87.

seriam “aspirações frustradas”, pois não são vinculantes e poriam em desconfiança todo o direito.<sup>164</sup>

Assim, o atual contexto constitucional brasileiro, além das regras, considera a existência dos princípios, dotados de elevado grau de indeterminação e carga valorativa, o que consiste em ferramentas mais adequadas à promoção e efetivação dos direitos fundamentais<sup>165</sup>, uma vez que “conferem maior plasticidade ao Direito – o que é essencial numa sociedade hiper-complexa como a nossa – e permitem uma maior abertura de argumentação jurídica à Moral e ao mundo empírico subjacente”.<sup>166</sup>

Portanto, o legalismo estrito e seus métodos de soluções de conflitos não são capazes de solucionar casos oriundos de uma sociedade cada vez mais complexa e amparada por uma Constituição generosa em direitos como a vigente. As decisões judiciais passam a ultrapassar o raciocínio lógico-dedutivo ao agregam em seus argumentos maiores conteúdos teóricos, racionalidade teleológica, e ponderação dos valores encarnados nos princípios.<sup>167</sup> Zagrebelsky esclarece o motivo de tal fenômeno:

[...] somente os princípios desempenham um papel propriamente constitucional, em outras palavras, “constitutivo” do ordenamento jurídico. As regras, ainda que estejam escritas na Constituição, não são mais que leis reforçadas pela sua forma especial. As regras, com efeito, se esgotam em si mesmas, equivale dizer, não têm qualquer força constitutiva fora do que elas mesmas significam.<sup>168</sup>

A subsunção do fato à norma torna-se, conseqüentemente, preterida pela ponderação principiológica, especialmente quando se tem o subsídio da Filosofia do Direito em favor do Direito constitucional. Rejeitar esse apego positivista aos textos legais e rumar em direção às ponderações requer,

<sup>164</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 112-113.

<sup>165</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA M. L. P.; OLIVEIRA F. M. R. (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 10.

<sup>166</sup> SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA M. L. P.; OLIVEIRA F. M. R. (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 296.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 16-17.

<sup>168</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 110.

contudo, as contribuições das teorias da argumentação jurídica, o que fornecerá parâmetros teóricos capazes de racionalizar a aplicação dos princípios e evitar que se viabilize espaço para uma incontrolável discricionariedade judicial<sup>169</sup> que culmine em arbitrariedades, devido ao caráter de metafórico e retórico dessas figuras normativas<sup>170</sup>. Nesse sentido, Albert Casamiglia assim ensina:

Em um caso difícil a teoria é o fundamento da validade da tese da resposta correta. Sem uma teoria do direito não é possível solucionar os casos difíceis. O juiz ao utilizar a teoria como critério para a resolução aplica o direito. A teoria não somente descreve, mas forma parte do direito.<sup>171</sup>

Conclui-se, portanto, que este arcabouço filosófico, teórico e dogmático, aliado a uma postura ativa dos juristas se apresenta como o meio mais eficiente para efetivar o extenso rol de direitos e garantias trazidos pela Constituição brasileira de 1988, independentemente da opção legislativa.<sup>172</sup> Logo, é nisso que consiste o anseio teórico do novo contexto constitucional brasileiro: uma abertura de horizontes para além do exaustivo conhecimento dogmático e do excessivo apego à simples subsunção das disposições legislativas como forma de solucionar as crises de uma sociedade contemporânea complexa.<sup>173</sup>

No entanto, as condições para a segura solução dos conflitos nos moldes do atual constitucionalismo brasileiro são: um mínimo de sistematicidade interpretativa por parte do aplicador do direito, o qual, por sua vez, deve originar de diversos âmbitos sociais. Com isso, minimizam-se as chances de ocorrência de um autoritarismo judicial, conforme indicado por Ingeborg Maus:

---

<sup>169</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA M. L. P.; OLIVEIRA F. M. R. (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 17-18.

<sup>170</sup> ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 148.

<sup>171</sup> CASAMIGLIA, Albert apud MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA M. L. P.; OLIVEIRA F. M. R. (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 21.

<sup>172</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>173</sup> Ibidem, p. 25.

[...] por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberalidades e da pricipiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora.<sup>174</sup>

É, desse modo, ingênua a crença na concretização dos direitos e garantias constitucionais por parte de um único setor estatal. Ademais, o apego excessivo à atuação do juiz na efetivação constitucional pode ser nocivo, já que “o Judiciário, historicamente, não tem sido a instância marcada por uma postura independente, criativa e avançada, em relação aos graves problemas de ordem política e social”<sup>175</sup>, mas trata-se de um órgão que se vale de uma pretensa neutralidade para submeter-se aos parâmetros da ordem dominante, o que lhe confere o título de elitista<sup>176</sup>, além de fechar os horizontes às novas visões oriundas de outros protagonistas e tornar unilateral a construção de um conjunto teórico e axiológico constitucional.

Nesse sentido, Ingeborg Maus continua a alertar que o Judiciário não pode ser visto como mais alta instância da moral social, uma vez que pode evadir-se dos mecanismos de controle social das atividades estatais, dos quais uma ordem democrática não pode prescindir<sup>177</sup>, sob pena de recair na pergunta levantada pela autora: “[...] não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?”<sup>178</sup>

Assim, segundo Daury Cesar Fabríz, a buscar a autonomia dos atores sociais e a viabilização de canais para o exercício de seu papel criativo é papel de uma da democracia:

<sup>174</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58, Nov. 2000, p. 196.

<sup>175</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, p. 100 .

<sup>176</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>177</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58, Nov. 2000, p. 186 - 187.

<sup>178</sup> Ibidem, p. 187.



[...] a verdadeira democracia deve buscar no ator social concreto, indivíduo ou grupo, a mobilização entre razão instrumental, indispensável em um mundo de técnicas e permutas, e memórias ou imaginação criadora, sem as quais não existem atores para produzirem a história, mas somente agentes reprodutores de uma ordem fechada sobre si mesma. A afirmação do sujeito não se opera em um vazio social. Apóia-se na luta contra a lógica dos aparelhos dominantes; requer condições institucionais que são a própria definição da democracia e conduzem à combinação da diversidade cultural com a referência de todos à unidade da lei, da ciência e dos direitos do homem.<sup>179</sup>

Portanto, a manutenção da cultura jurídica centralizada no aparato judicial exclui diversos entes importantes dos estudos sobre o constitucionalismo brasileiro, tais como as instâncias populares, o Poder Executivo num todo, bem como o próprio Poder Legislativo e os já citados delegatários das Serventias Extrajudiciais (tabeliães e registradores), que possuem um forte papel a desempenhar nessa empreitada juntamente com o público utilizador desses serviços públicos.

Não é de se negar que a instância judiciária contribuiu e que ainda tenha muito a colaborar para o Direito constitucional contemporâneo. Por outro lado, também não se deve olvidar as limitações técnicas e falhas na formação do magistrado brasileiro, notadamente decorrente do ensino jurídico das décadas passadas, o qual foi apegado ao formalismo e dotado de muito pouca interdisciplinaridade, o que dificulta a tomada de decisões e ponderações eficientes de valores constitucionais que se colocam para além do conhecimento dos juízes<sup>180</sup>, conforme salienta Daniel Sarmiento:

Nesta linha, vejo com reticências a sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande – senão o único – intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário. Esta leitura descarta a autocontenção judicial bem como tende a desprezar a possibilidade de que sejam travados construtivos diálogos interinstitucionais entre diversos órgãos estatais para a definição da melhor interpretação dos ditames constitucionais.<sup>181</sup>

---

<sup>179</sup> FABRIZ, Daurly Cesar. Qual democracia?. **Depoimentos**: revista da Faculdade de Direito de Vitória, v. 4, n. 7, jul./dez., 2003, p. 94.

<sup>180</sup> SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA M. L. P.; OLIVEIRA F. M. R. (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 292-293.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 294.

Ademais, da mesma forma que o Estado liberal de direito temia um campo de indeterminação dos vínculos jurídicos ao se estender para o juiz maior autonomia hermenêutica<sup>182</sup>, o Judiciário agora teme a mesma instabilidade decorrente da maior atuação de outros atores na efetivação de direitos.

Assim, sobre a crise do Judiciário, “a grande questão [...] é aquilo que muitos parecem não ver: o estar formado numa cultura jurídica incapaz de entender a sociedade e seus conflitos e a má vontade em discutir a democratização efetiva desse ramo do Estado”<sup>183</sup>.

Em contrapartida, o que a nova Constituição trouxe de inovador e de importante para a descentralização jurídica, em termos de registros públicos, consta em seu artigo 236. O referido dispositivo elevou os tabeliães e registradores ao patamar de delegatários de uma função pública, que recebem a delegação por meio de concurso público, diga-se de passagem, com as mesmas etapas do concurso da magistratura, além de consistir numa função em regra reservada a bacharéis em direito.<sup>184</sup>

O que se pretende dizer com isso é que, na nova ordem constitucional, tais agentes ascenderam à posição de profissionais do direito, e não é por outro motivo que a Lei 8.935/94, promulgada já sob a égide da nova Constituição, assim os definiu e conferiu-lhes autonomia. Isso significa que já não é mais próprio dizer as expressões outrora correntes, tais como “dono de cartório” ou “herdar o cartório”, já que é delegação personalíssima de uma função que pertence ao Poder Público e não passa mais de ascendente para descendente.

Portanto, além de apresentar um novo ponto de vista para efetivação dos princípios e valores constitucionais, os delegatários oferecem um ponto de vista juridicamente qualificado, diferentemente do que ocorria antes da atual Constituição, momento em que não havia exigência de concurso público ou

---

<sup>182</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58, Nov. 2000, p. 186 - 187.

<sup>183</sup> FARIA, José Eduardo; LIMA, José Reinaldo de Lima. Pela democratização do judiciário. In: **Direito e justiça** – a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989, p. 163.

<sup>184</sup> BRASIL. **Lei 8.935/94**. São Paulo: Saraiva, 2013. Arts 14-15.

qualquer formação jurídica. Nesse sentido cumpre citar as palavras de Luiz Guilherme Loureiro:

Nada mais ultrapassado e enganador, portanto, o estereótipo do notário e do registrador como meros escribas ou carimbadores de papéis: funcionários públicos que apenas alimentam a burocracia [...]. Com a Constituição de 1988, o notário passou a ser em nosso país um verdadeiro profissional do Direito, selecionado por meio de rigorosos concursos públicos de provas e títulos.<sup>185</sup>

O motivo de esclarecer tudo isso a respeito dessa categoria é o de reconhecer que existe o novo tratamento que lhe é dado pela Constituição vigente. Não reconhecer isso é propriamente um retrocesso no pensamento constitucional brasileiro.

### 3.2 NOVA CONSTITUIÇÃO E ANTIGA TRADIÇÃO

Mesmo diante de todos esses fatores favoráveis à atuação interpretativa conjunta dos prestadores e destinatários dos serviços em tela, atualmente não há qualquer recomendação na doutrina ou, ainda menos, jurisprudência relativa aos registros públicos que autorize esses atores sociais a prescindir do Judiciário na solução de casos mais complexos.

Reforçando tal pensamento reducionista típico de paradigmas constitucionais anteriores, a Lei 6.015/73 – promulgada sob a égide do Ato Institucional número 5 – em seu artigo 198<sup>186</sup>, determina que o delegatário, em tais casos, recorra ao Judiciário em um processo administrativo, conhecido como suscitação de dúvida, o qual não exclui a tutela jurisdicional contenciosa.

É justamente nessa qualidade de não exclusão de um possível processo judicial que se verifica a incompatibilidade desse procedimento com o atual contexto constitucional brasileiro. Explica-se por meio de duas perguntas: o que

---

<sup>185</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2010, p. VIII.

<sup>186</sup> BRASIL. **Lei 6.015/73**. São Paulo: Saraiva, 2013.

impede que um profissional do direito tenha autonomia para interpretar a Constituição em conjunto com o público destinatário para buscar as melhores soluções para determinado caso concreto patente? O que justifica a evocação de um ente judicial estranho para solucioná-lo administrativamente, já que não há exercício da jurisdição?

Para responder tais questionamentos, apenas são competentes os raciocínios de outros contextos constitucionais diferentes do vivenciado pela Constituição brasileira de 1988 – nos quais havia o pressuposto de que os delegatários eram desprovidos dos conhecimentos jurídicos que, por sua vez, o juiz possuía – uma vez que tais casos não envolvem o poder reservado ao Judiciário, que é a jurisdição. Sobre o assunto, Wolkmer esclarece que, a legislação, e nesse caso em especial a Lei 6.015/73, sempre se mostrou apta a minimizar ou não reconhecer a importância de todas as manifestações normativas não estatais.<sup>187</sup>

Logo, uma vez verificada a fungibilidade dos conhecimentos jurídicos do juiz no que tange a atividade notarial e de registro, conclui-se que nesta seara são aptos a promover a pluralidade e abertura jurídica num Estado democrático de direito os titulares das serventias extrajudiciais e aqueles envolvidos nas questões excepcionais de registros públicos, sendo anacrônicas e centralizadoras atitudes em sentido contrário.

Ademais, apesar de serem considerados funcionários públicos para fins penais (nos termos do artigo 327, do Código Penal) e autoridades públicas para figurarem no pólo passivo de mandado de segurança, os registradores e tabeliães são, nos demais casos, considerados pessoas físicas individuais no exercício de uma função pública. Por isso, no decorrer desse estudo, serão tratados como alheios à estrutura administrativa e integrantes da sociedade civil, pois não são “integrantes dos órgãos públicos, cuja vontade é imputada à

---

<sup>187</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, p. 97.

pessoa jurídica”<sup>188</sup> estatal, de quem não são, portanto, prepostos.<sup>189</sup> Da mesma forma, também não são integrantes nem subordinados do Poder Judiciário, mas apenas fiscalizados por ele, nos termos do artigo 236, § 1º, da Constituição da República.

Sobre as limitações do Poder Judiciário, Antônio Carlos Wolkmer ensina ainda que seu difícil acesso, sua morosidade e seus altos custos fazem com que emirjam agências alternativas de solução de conflitos, sejam elas institucionalizadas ou não<sup>190</sup>, como o citado ambiente das serventias registrais e notariais. Entretanto, em sentido contrário, o aparato judicial apresenta sérias resistências a tais instâncias extrajudiciais de pacificação social, pois afrontam a unicidade e monismo estatal por ele defendido.

Dentre as instâncias mencionadas se encontram as Serventias Extrajudiciais, que são impedidas de exercer papel inovador na pacificação de conflitos por meio da expedição de provimentos, por parte dos Tribunais de Justiça, destinados a regulamentar as atividades dos serviços de registros públicos, além do já citado artifício unificador do procedimento de dúvida.

A busca pela unicidade por intermédio de tais provimentos pode ser claramente evidenciada no caso do Espírito Santo, uma vez que os seus dispositivos concernentes aos serviços notariais e de registro não passam, em quase sua totalidade, de simples cópias de artigos de legislação federal acerca do tema, não é, pois, por outro motivo que o preâmbulo dessa codificação traz a seguinte sentença: “Considerando ser imprescindível a unificação, atualização, organização e padronização das diversas normas existentes; resolve:...”<sup>191</sup>

Tal situação permite identificar a figura judicial à trazida por Ingeborg Maus da figura sacerdotal do juiz sintetizador de toda a heterogeneidade social,

---

<sup>188</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 15

<sup>189</sup> Ibidem, p. 531.

<sup>190</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, p. 100-101.

<sup>191</sup> ESPÍRITO SANTO. Corregedoria Geral da Justiça. **Código de Normas**. Preâmbulo. Disponível em <<http://www.cgj.es.gov.br>> acesso em 15 jan 2014.

engajado numa cruzada em prol da unidade contra o caos da produção jurídica da sociedade num todo.<sup>192</sup> Sendo aplicada aos doentes destinatários e prestadores dos serviços públicos de registro “uma boa dose de saudável sentimento popular”<sup>193</sup> sintetizado pelo Poder Judiciário.

De fato, a cultura jurídica brasileira ainda é marcada por uma desproporcional preponderância das fontes estatais – senão judiciárias – na produção jurídica e, para tanto, vale-se ainda de fortes influências do sistema kelseniano lógico-formal.<sup>194</sup> Injusta essa afirmação se for levada em consideração a atividade decisória do Poder Judiciário, haja vista o constante recurso, à ponderação de princípios e relativização de normas escritas de acordo com o caso concreto. No entanto, reitera-se, esse papel criativo é reservado às fontes estatais, e, mais especificamente, ao magistrado.

Quando aos demais agentes, esses permanecem atrelados à estrutura escalonada da ordem jurídica<sup>195</sup> e todas as restrições por ela ocasionadas à atividade interpretativa. Tal atividade, nos termos de Hans Kelsen, consiste numa “operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.”<sup>196</sup> A relação entre esses escalões superiores e inferiores, é de vinculação, na medida em que a superior regula a produção do ato do escalão inferior.<sup>197</sup>

Que fique evidenciado o profundo respeito à genial coerência da Teoria Pura do Direito, a qual inclusive, diga-se de passagem, possui diversas portas de entrada para o pluralismo das fontes de direito, tais como o costume social em

---

<sup>192</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58, Nov. 2000, p. 196.

<sup>193</sup> LANGE, Heinrich apud MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58, Nov. 2000, p. 196-197.

<sup>194</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, p. 96 - 97.

<sup>195</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 246.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 387.

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 388.

seu capítulo V, tópico 2, e para o ativismo do aplicador do direito, no capítulo VII.

No entanto, o que se põe em relevo é a discrepância entre a crescente liberdade judicial na inovação da produção jurídica e a limitada, quase anulada, atividade interpretativa dos demais agentes, dentre os quais o tabelião e o registrador. Numa mesma ordem jurídica existe, assim, o rompimento da aplicação escalonada das normas por parte de um segmento estatal, o Poder Judiciário, o qual interpreta e aplica diretamente as regras, princípios e valores constitucionais independente da ação legislativa – que ocuparia um patamar mediador entre a atividade judicial e a Constituição – e os demais segmentos estatais e sociais, que devem se manter atentos aos escalões normativos como parâmetros de interpretação.

Acerca dos registros públicos, nota-se, que é tradição de sua produção literária o enfoque no código e na lei formal, sendo-lhes estranhos, por outro lado, a ideia de centralidade da Constituição<sup>198</sup> no ordenamento e um papel criativo dos delegatários e do público usuário de seus serviços.

Importante ressaltar que esse estudo não pretende desqualificar juízes ou sua atuação na efetivação da Constituição brasileira, mas sim destacar os elementos que usuários e prestadores dos serviços notariais e de registro podem oferecer ao Direito Constitucional Brasileiro por meio de uma atuação mais madura no campo dos registros públicos. Para tanto é necessário apenas o rompimento com as práticas jurídicas típicas dos paradigmas constitucionais anteriores e adoção dos preceitos de participação, abertura e pluralidade que a sociedade moderna complexa exige.

Desta feita, em conformidade ao explicitado nas linhas introdutórias do estudo, será destacado o avanço em matéria de efetivação de direitos fundamentais ocasionado pela maior atuação dos titulares das serventias extrajudiciais de

---

<sup>198</sup> SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA M. L. P.; OLIVEIRA F. M. R. (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 274.

registro e de tabelionato, que deverão assumir papel mais ativo e criativo em conjunto com os usuários do serviço público que prestam, e sempre com vistas no ponto de chegada: a efetivação dos direitos contidos na Constituição.

Por esse motivo, o capítulo seguinte analisa de maneira geral as atribuições conferidas a tais intérpretes, e as correspondentes possibilidades de aprimoramento da promoção de direitos fundamentais, proporcionadas pela maior atividade desses agentes pautada na interpretação direta da Constituição.



## CAPÍTULO 4 – DELEGATÁRIOS DAS SERVENTIAS NOTARIAIS E DE REGISTRO: ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO E SUAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

### 4.1 TABELIONATO DE NOTAS

Os três pilares da atividade do notário no Brasil, dos quais emanam todas as possibilidades de sua atuação, se encontram no artigo 6º, da referida lei, o qual estabelece as competências, de modo geral, do tabelião:

Art. 6º Aos notários compete:

I - formalizar juridicamente a vontade das partes;

II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

III - autenticar fatos.<sup>199</sup>

A partir das instruções do artigo acima citado, o tabelião tem como possibilidades de atuação, definidas pela Lei dos Notários e Registradores, a lavratura de escrituras e procurações públicas; a lavratura de testamentos públicos e a aprovação dos testamentos cerrados; a lavratura de atas notariais; o reconhecimento de firmas; a autenticação de cópias; além da emissão de certidões.

A primeira contribuição do tabelião aos atos acima mencionados é a marca da autenticidade, promovida por meio da fé pública. Sobre o assunto, Antoine-Jacques Massé, escritor clássico da atividade notarial, equipara os tabeliães aos antigos guardiões dos selos emitidos pelo rei<sup>200</sup>. É tal como se o rei cunhasse a fé pública e os desse às autoridades públicas, dentre elas, o

<sup>199</sup> BRASIL. **Lei 8935/94**. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>200</sup> MASSÉ, Antoine-Jacques. **Le parfait notaire**: ou la science des notaires. Vol 1. p. 7. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>> Acesso em 20 out 2014.

tabelião, para que os use prudentemente e os guarde. Era, portanto, conferida a eles a possibilidade de garantir a autenticidade própria do rei.

Ademais, o tabelião não oferece apenas à fé pública, mas também labora na garantia ao documento notarial dos atributos de autenticidade, correição e exatidão, mas também todo o conhecimento jurídico de que esse profissional do direito é dotado, o que permite adequar a vontade daqueles que buscam o tabelionato de notas aos desígnios da lei.

A trasladação das vontades privadas em documentos somada à garantia da autenticidade daquilo que era levado ao conhecimento do notário fez com que o ofício das notas experimentasse um crescente prestígio e importância social na modernidade, e os tabeliões passam a ser “[...] considerados testemunhas fiéis e irrecusáveis da verdade dos atos que se passam diante deles.”<sup>201</sup>

Em todos os casos mencionados na lei haverá a intervenção e assessoramento jurídico da autoridade pública, representada no tabelião de notas, para que seja feita a correta documentação de vontades ou a certificação de fatos ocorridos.

Existe, portanto, sempre uma relação dialógica, onde o particular e o tabelião constroem conjuntamente um documento público eficaz e que representa fielmente a vontade daquele ou a ocorrência de fatos, sem que escape às formalidades e exigências estabelecidas pela lei.

Além da própria prática do ato notarial em si, conforme artigo 7º, parágrafo único da Lei 8.935/94, cabe ainda ao tabelião prestar todo o assessoramento necessário e instruções cabíveis às partes para o melhor preparo dos atos a serem realizados, sem que, para tanto, sejam cobradas custas ou emolumentos adicionais.

---

<sup>201</sup> “[...] ils sont considérés comme des témoins fidèles et irrécusables de la vérité des actes qui se passent devant eux”. MASSÉ, Antoine-Jacques. **Le parfait notaire: ou la science des notaires**. Vol 1. p. 7. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>> Acesso em 20 out 2014, p. 6, tradução nossa.

O objetivo do tabelião é sanar as incertezas e conferir segurança e eficácia jurídicas por meio de seus atos. Ele cria, de maneira rápida, a certeza em situações em que o incerto ameaça o equilíbrio de relações jurídicas, o que deu azo às comparações entre a atividade tabelioa e a cura do corpo e alma, feitas em 1904 por Joaquim de Oliveira Machado:

Traduzindo e gravando as convenções em acto solemne e material, expungindo o contracto de todas as clausulas obscuras e insidiosas, colhendo, com incomparavel desprendimento, a vontade extrema do homem para ser cumprida após a morte, o tabellião nobremente concorre para a estabilidade dos direitos, vigoroso apoio da ordem publica.

Si o medico, pelas doses therapeuticas, restabelece o corpo enfermo, si o padre, pela oração, acalma a consciencia dilacerada pelos remordimentos, o tabellião, pondo em correcto alinhamento os complicados negocios de seu cliente, ministra-lhe o bem estar moral, o repouso da alma tranquilla.<sup>202</sup>

Cumprido reiterar que o objetivo não consiste em exaurir as atribuições e minúcias da atividade notarial e de registro, mas sim de demonstrar como são amplas as possibilidades de atuação madura desses profissionais do direito e agentes públicos e, de certa forma, oferecer respaldo às palavras seguintes de Massé:

O notariado, sobretudo o que se organizou na França após muito tempo, é uma das instituições que mais honram as sociedades modernas, e que mais contribuíram em lapidar e tornar dóceis os costumes, em acelerar o progresso da civilização europeia. É à sombra desta instituição tutelar que a paz repousa no seio das famílias e entre particulares [...].<sup>203</sup>

Entretanto, a situação notarial no Brasil tem experimentado avanços tímidos acerca de sua autonomia científica bem como de seu reconhecimento como profissional do Direito capaz de apresentar contribuições mais sérias oriundas das relações levadas ao tabelionato, devidamente respaldadas na

<sup>202</sup> MACHADO, Joaquim de Oliveira. **Novíssima guia practica dos tabeliões ou notariato no Brazil e a necessidade de sua reforma**. Rio de Janeiro: Garnier, 1904, p. 446.

<sup>203</sup> "Le notariat, tel surtout qu'il a été organisé en France depuis long-temps, est une des institutions qui honorent le plus les sociétés modernes, et qui ont le plus contribué à polir et adoucir les moeurs, à hâter les progrès de la civilisation européenne. C'est à l'ombre de cette institution tutélaire que la paix repose au sein des familles et entre particuliers [...]". MASSÉ, Antoine-Jacques. **Le parfait notaire: ou la science des notaires**. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>> p. 5. Acesso em 20 out 2014, tradução nossa.

interpretação Constitucional e nas particularidades do caso apresentado captadas tanto pelos usuários do serviço quanto pelo tabelião.

Tal disparidade entre a relevante função notarial e a situação profissional e intelectual em que se encontra o tabelião não é uma questão nova. Essa incongruência já é apontada no Brasil desde 1904 por Joaquim de Oliveira Machado, pelas palavras que encerram os estudos do tabelionato de notas:

O tabellião é o inestimavel antídoto da demanda. Genuíno producto da primitiva civilização é o seguro palladio da família e o mudo penhor do lar domestico.

Escrevendo o instrumento com toda individuação e pureza elle embarga o subterfugio do pactuante malversor que projecta envolver o outro nos sinuosos meandros da chicanai imprevisita.

Confidente de todos os erros, de todos os segredos, elle aconselha a justa reparação pelo cumprimento da obrigação, pelo pagamento devido, pela restituição, pela esmola, pelo legado.

Em todas as nações, mesmo nas epochas menos illuminadas, o tabellião tem merecido peculiar distincção dos poderes publicos.

Na propria Roma o escravo investido daquelle cargo gozava de prerogalivas recusadas aos outros do seu estado. Carlos Magno collocou-o ao lado da magistratura. Os paizes novos dão-lhe o attributo da nobreza. Si o juiz põe fim á lide pela decisão, cruel para um e propicia para outro — chorando aquelle e rejubilando-se este — o tabellião, com traços da innocente penna, sem sorriso e sem lagrimas da parte ou absorve o litigio resolvendo-o antes de incidir na téla judiciaria ou apaga, pela quitação, seus funestos vestígios.

Um bom tabellião exerce benefico influxo no destino dos povos: e o homem que presta benefícios de tal magnitude permanece na mais desdenhosa de todas as condições.<sup>204</sup>

## 4.2 TABELIONATO DE PROTESTO

Segundo a doutrina atual brasileira, o protesto é definido pela mescla entre o artigo 1º, da Lei 9.492/97 (a Lei sobre Protesto) e uma correção proposta pela literatura pertinente.

Assim, com o auxílio do texto legal somado às lições de Fábio Ulhoa Coelho<sup>205</sup> e de Sérgio Luiz José Bueno<sup>206</sup>, o protesto pode ser definido como o ato formal

<sup>204</sup> MACHADO, Joaquim de Oliveira. **Novíssima guia practica dos tabeliões ou notariato no Brazil e a necessidade de sua reforma**. Rio de Janeiro: Garnier, 1904. p. 446 - 447.

e solene pelo qual se prova fato relevante originado em títulos de créditos e em outros documentos de dívida. Conforme prevenido, tal conceituação decorre da adaptação de uma imperfeição que a doutrina aponta no artigo legal.

O referido equívoco consiste no fato do dispositivo legal tratar apenas das obrigações originadas de títulos de dívida, ao passo que o protesto é também ferramenta para provar fatos não obrigatórios, tal como o protesto por falta de aceite, o qual não é sempre obrigatório.

O objeto do protesto, ou seja, aquilo que pode ser levado a protesto, são os títulos de crédito e demais documentos capazes de provar obrigação certa, líquida e exigível, a exemplo daqueles elencados no artigo 585, II a IV, do Código de Processo Civil: os títulos executivos extrajudiciais. Cabe destacar que mesmo os títulos executivos judiciais podem ser objeto de protesto, conquanto não haja bens penhoráveis.<sup>207</sup>

Assim, o instituto do protesto extrajudicial tem como objeto os títulos de crédito e outros documentos que comprovem existência de dívida, e sua função consiste em constituir prova de fatos relevantes relativos aos mesmos. Os referidos fatos passíveis de prova formal e solene no tabelionato em questão são: a falta do pagamento; a falta de aceite; e a falta de devolução, conforme especificação do artigo 21 da Lei sobre Protesto.

Sobre o procedimento do protesto, num primeiro momento, o interessado comparece ao tabelionato de protesto ou ao ofício distribuidor, quando este existir na localidade, munido do título ou documento de dívida no qual almeja testificar com a fé pública do tabelião um daqueles três fatos relevantes supracitados.

---

<sup>205</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p. 497.

<sup>207</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2010, p. 564.

Inexistentes os vícios formais – cuja existência acarretaria na devolução do documento – o protesto do título deve ser lavrado em três dias úteis, contados com a exclusão do dia da protocolização e inclusão do dia do vencimento, conforme ditames do artigo 12, *caput* e § 1º da Lei em tela. Em seguida, após a citada análise, ocorrida no dia da protocolização, o tabelião tem vinte e quatro horas para a realização da intimação do devedor.<sup>208</sup>

Decorrido o prazo para o devedor realizar o pagamento, ordinariamente de três dias, o tabelião deve realizar o “ato solene de constatação da inadimplência”<sup>209</sup>: a lavratura do instrumento de protesto e seu respectivo registro do livro próprio. Diz-se daí, portanto, que o protesto tem natureza mista<sup>210</sup>: registradora e tabelioa.

Com vistas à celeridade procedimental brevemente explicitada acima, pode-se compreender as potencialidades do tabelionato de protesto, e é de muito bom alvitre mencionar as palavras de Sérgio Luiz José Bueno acerca do adimplemento creditício ocasionado pela serventia em questão:

Nos dias de hoje, os citados Profissionais do Direito, por meio do procedimento legal e oficial, *testificam* também o cumprimento de obrigações e é preciso dizer, mesmo sem rigor estatístico, que cerca de metade dos apontamentos resulta em pagamentos, propiciando aos credores a satisfação de seus créditos. Se não tivesse o credor a faculdade de valer-se do Tabelionato de Protesto, fatalmente o litígio aportaria em um de nossos tribunais, já de há muito assoberbados, e o credor legítimo aguardaria por meses ou anos pelo pagamento que no Tabelionato poderia ocorrer em poucos dias.<sup>211</sup>

Logo, esse instituto consiste em um meio de prevenção de litígios rápido e seguro, o qual fica a salvo de atitudes protelatórias e tende à simplificação em favor da celeridade. Pode, assim, sem delongas, tornar eficaz o direito subjetivo de uma relação de crédito, sem que o devedor se torne refém do credor, pois a intervenção judicial sempre é possível para sustar ou cancelar o

---

<sup>208</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2010, p. 572.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 573.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 573.

<sup>211</sup> BUENO, Sérgio Luiz José. **O protesto de títulos e outros documentos de dívida**: aspectos práticos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2011, p. 23, grifo no original.

protesto originado de dívida indevida.<sup>212</sup> Acerca das facilidades oferecidas pelo protesto e da relação entre credor e devedor acima descritas, assim ensinou ilustrativamente Vicente de Abreu Amadei:

Assim, na aparência o protesto fica com um gosto amargo, uma nota de hostilidade, de amaldiçoado; todavia, em verdade, é remédio ao inadimplemento, é ponto de saneamento dos conflitos de crédito cambial presentes e de prevenção de negócios futuros, é meio simples, célere e eficaz de satisfação de boa parte dos títulos não honrados em seu vencimento; exerce, enfim, função de cura e de profilaxia jurídica e, também por isso, não é apêndice, mas integra a medula do sistema cambiário, com sua presença medicinal entre a vida e a morte dos títulos de crédito.<sup>213</sup>

Diante da explanação acima, é fácil perceber que este tabelionato se mostra como meio adequado para se promover o dinamismo inerente a toda simplificação e celeridade almejada pelo Direito Comercial e Creditício. Tal característica é chamada pela doutrina de princípio da celeridade e da formalidade simplificada.<sup>214</sup>

A celeridade e simplificação, portanto, devem ser o fundamento (princípio) de todo o agir do tabelião, o qual, enquanto profissional do Direito delegado de função pública, deve analisar as circunstâncias particulares dos casos apresentados a fim de não obstar, por meio de procedimentos morosos ou desnecessários, a rapidez demandada pelo ramo do Direito Privado, sem, contudo, que se perca de vista a segurança jurídica exigida por tal função.<sup>215</sup>

Ao lançar mão desse princípio em conjunto com sua autonomia profissional, o tabelião encontra um insondável número de possibilidades voltadas à dinamização do procedimento e incremento da segurança que deve envolver-lhe, seja por meio de mecanismos eletrônicos ou adoção de técnicas mais seguras de certificação de documentos.

---

<sup>212</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>213</sup> AMADEI, Vicente de Abreu. DIP, Ricardo (coordenador) et al. **Introdução ao direito notarial e registral**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 75.

<sup>214</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2010, p. 568.

<sup>215</sup> Ibidem, p. 568-569.

Na medida em que tais faculdades sejam exercidas pelo tabelião de protesto, com o intuito de melhor azeitar o procedimento da lavratura do protesto, as relações de crédito e comerciais se tornam mais bem amparadas pela tutela estatal, e um campo cada vez mais seguro e propício para tais transações é edificado como consequência da maior atividade intelectual do tabelião.

### 4.3 REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS

O foco do ofício em questão consiste na pessoa natural, ou seja, a pessoa humana, a qual é a mesma figura tratada no primeiro capítulo do primeiro título do primeiro livro do Código Civil, o que demonstra seu caráter prioritário, mesmo no direito privado, o que é fruto da aproximação da atual codificação civil em relação às garantias fundamentais contidas na Constituição brasileira de 1988.

Então, o registro civil das pessoas naturais é a função pública desempenhada em caráter privado pelo registrador, cujo foco é o registro de atos e fatos relevantes à pessoa natural, conforme explana Luiz Guilherme Loureiro:

O Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN), como seu próprio nome indica, tem como foco de interesse a pessoa física ou natural, vale dizer, o indivíduo, o ser humano, m tal como ele é levado em consideração pelo direito. Cabem ao registrador civil o registro e a publicidade de fatos e negócios jurídicos inerentes à pessoa física, desde seu nascimento até a sua morte, tendo em vista que tais fatos e atos repercutem não apenas na esfera do indivíduo, mas interessam a toda a sociedade.<sup>216</sup>

Portanto, equivale dizer que o registro das pessoas naturais tem competências relativas ao estado de família ao constituir prova do nome, filiação, idade, capacidade, casamento, viuvez<sup>217</sup>, entre outros fatos e atos igualmente relevantes na identificação pessoal, familiar e social do indivíduo.

---

<sup>216</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2010, p. 18

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 18.



Por estado de família deve-se entender a posição na qual se insere uma pessoa dentro da família. Ainda, “o estado é um atributo da personalidade e constitui uma situação formal que se cria dentro do estado, perante este e dentro da família.”<sup>218</sup>

Neste contexto, o papel do registrador é conferir ao estado familiar o devido suporte documental – o chamado título de estado<sup>219</sup> – dotado de segurança, já que é dotado de legitimidade e eivado da fé pública do delegatário. A composição de tal título é feita mediante a análise de documentos, depoimentos e fatos levados pelo interessado ao conhecimento do registrador, sendo todos relativos ao que será registrado ou averbado nos livros do ofício.

A partir da existência título de estado, o estado de família surtirá plenamente os efeitos juridicamente previstos e será dotado de imutabilidade até que fatos supervenientes venham alterá-lo, caso em que o oficial deverá fazer constar tais alterações nos respectivos assentos, uma vez provocado pelo interessado.

Sem o devido suporte documental, o estado de família terá sobre seus efeitos restrições, as quais vão desde simples complicações ao usufruto de direitos até o não reconhecimento jurídico acerca da existência do direito.

Como exemplo das restrições acarretadas pela carência titular, podem ser citadas aquelas relativas ao registro de nascimento, o qual inaugura a cidadania do indivíduo. Sem ele, não se pode ter acesso aos documentos de identificação individual, como a Carteira de Identidade<sup>220</sup> e a inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Física<sup>221</sup>, sem os quais os direitos civis são praticamente equiparáveis a zero.

---

<sup>218</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>219</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2010, p. 20.

<sup>220</sup> BRASIL. **Lei 7.116/83**. Art. 2º. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7116.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7116.htm)> acesso em 15 dez. 2014.

<sup>221</sup> BRASIL. Receita Federal. **Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.042/2010**. Art. 7º, I. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Ins/2010/in10422010.htm>>. Acesso em 15 dez. 2014.

Além disso, o próprio atendimento médico pelo Sistema Único de Saúde será prejudicado pela carência do registro de nascimento. Nessa situação, será impossível a obtenção do Cartão Nacional de Saúde, que oferece agilidade e facilidade à marcação de consultas, além de oferecer informações capazes de mapear as áreas de utilização de cada tipo de serviço de saúde aos gestores públicos, possibilitando assim a redistribuição de recursos com objetivo de aperfeiçoar a prestação do acesso à saúde.<sup>222</sup>

Ademais, ter o nascimento registrado é requisito para o acesso aos programas assistenciais promovidos por meio do Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal. Logo, sem o referido assento, não se tem acesso tais programas de promoção da dignidade da pessoa humana.<sup>223</sup>

Quanto aos demais fatos e atos relevantes à pessoa natural – a exemplo do casamento, do divórcio, da emancipação, da adoção – estes não serão capazes de fazer valer os direitos inerentes, caso não haja a devida inscrição no registro civil das pessoas naturais. Em outras palavras, sem o registro, não existirá: casamento (ainda que duas pessoas passem a morar no mesmo lar); divórcio (mesmo que cônjuges deixem de morar sob o mesmo teto); emancipação (ainda que os pais concordem que o menor seja plenamente capaz); e tampouco adoção (mesmo que exista psicologicamente relação de pais e filhos, mas sem sentença registrada).

O objetivo dos exemplos acima é o de demonstrar a posição estratégica que o registrador ocupa no âmbito jurídico; ele desempenha suas funções no coração dos direitos fundamentais relativos ao estado de família, da capacidade civil e da própria cidadania.

Com isso, percebe-se que o registrador – íntimo do texto constitucional e versado em sua interpretação independente; inserido em um contexto social

---

<sup>222</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 940/2011**. Disponível em <<http://www.conselho.saude.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 17 jan. 2015.

<sup>223</sup> BRASIL. **Decreto nº 6.135/07**. Art. 6º. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6135.htm#art14](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6135.htm#art14)>. Acesso em 16 dez 2014.

específico e sempre com grande sensibilidade às particularidades culturais ali apresentadas – é um importante instrumento de promoção de direitos fundamentais. Em contrapartida, a atuação tímida e mecanicamente apoiada nos instrumentos infraconstitucionais pode apresentar obstáculos à promoção dos mencionados direitos.

#### 4.4 REGISTRO DE IMÓVEIS

O estado mais primitivo daquilo que hoje é o ofício de registro de imóveis no Brasil é mencionado pela doutrina como o registro do vigário. Isso se justifica porque antes de o Estado assumir para si a competência de realizar os assentos relativos a imóveis, a mesma era feita perante os vigários dentro das paróquias. Os mencionados registros tinham como finalidade a simples distinção entre domínio público e privado.<sup>224</sup>

Os estágios posteriores do sistema de registro de imóveis surgiram da necessidade de garantir a publicidade de direitos e ônus sobre bens imóveis, a principiar pela hipoteca, já que o país, no século XIX, se encontrava em relevante processo de industrialização e demandava meios de estimular o crédito e torná-lo juridicamente amparado.<sup>225</sup>

Atualmente, o ofício se encarrega de registrar e de dar publicidade a todos os direitos e ônus reais de qualquer imóvel. Para este fim, é utilizado o sistema matricial, que é relativo ao documento que concentra todas as situações relevantes ao imóvel: a matrícula.

O seu desígnio é garantir a continuidade dos registros imobiliários – assim entendida como a sequência ininterrupta cronológica e completa de tudo quanto for relativo ao imóvel – e possibilitar ao novo proprietário e à toda

---

<sup>224</sup> BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de imóveis**: doutrina, prática e jurisprudência. 15. ed. São Paulo, Saraiva: 2010, p. 73.

<sup>225</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2010, p. 200.

coletividade a ciência dos direitos ou ônus incidentes sobre o bem.<sup>226</sup> Assim, “na matrícula do imóvel deverão ser registrados todos os atos que implicam constituição, transferência, alteração ou extinção de direitos reais (além de outros que a lei considera relevantes)”.<sup>227</sup> A importância da publicidade e transparência das informações contidas na matrícula são percebidas por Luciano Lopes Passarelli, cujas palavras seguem:

*A publicidade das situações jurídico-reais imobiliárias é conditio sine qua non para que seja viável qualquer ato ou negócio jurídico versando sobre imóveis. Não é preciso grande esforço para visualizar que sem saber qual é o corpo físico do imóvel, distinguindo-os de outros (publicidade em seu aspecto objetivo); sem saber quais são os titulares de direitos sobre esse imóvel (publicidade em sua dimensão subjetiva) e, sem saber quais são os direitos e ônus incidentes sobre aquele imóvel (publicidade em sua dimensão jurídico-material) não haveria como entabular um contrato, movimentar uma execução, realizar controles urbanísticos etc.*<sup>228</sup>

Além de descrever ordenadamente dar publicidade sobre os aspectos jurídicos do bem, o registro de imóveis tem também a função de examinar minuciosamente diversos aspectos do documento – também chamado de título – que almeja ingressar no fôlio real e fazer surtir efeitos jurídicos sobre o imóvel.

Esse procedimento de análise feito pelo oficial é chamado pela doutrina de qualificação registrária<sup>229</sup>, e tem a função de garantir a autenticidade e a validade dos títulos a serem registrados ou averbados, pois é por meio dela que se verifica a existência de vícios, de irregularidades, de carência de forma, o pagamento dos tributos devidos pelo ato, legitimidade dos negociantes, entre outros requisitos que devem ser preenchidos para que o título seja inscrito nos livros do ofício e, conseqüentemente, ofereça a segurança jurídica inerente ao registro de imóveis. Insta destacar que todos os títulos apresentados ao

---

<sup>226</sup> Ibidem, p. 201.

<sup>227</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2010, p. 201.

<sup>228</sup> PASSARELLI, Luciano Lopes. Da autonomia do direito registral imobiliário. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo, v. 75, jul.-dez. 2013, p. 49, grifo no original.

<sup>229</sup> PAIVA, João Pedro Lamana. **Procedimento de dúvida no registro de imóveis**: aspectos práticos e possibilidades de participação do notário e a evolução dos sistemas registral e notarial no século XXI. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50-51.

registrador devem passar pelo exame de qualificação, seja particular, público, ou mesmo judicial.

Então, o procedimento de qualificação demonstra a confiabilidade do profissional do Direito em questão, uma vez que este se torna o guardião da conformidade dos atos juridicamente relevantes ao imóvel por meio da análise dos documentos (inclusive os de origem judicial) a ele apresentados.

Portanto, pôde restar clara o grau de importância do ofício de registro de imóveis para o ordenamento jurídico, pois ele cria um arquivo público e eterno de todos os acontecimentos juridicamente relevantes relativos aos imóveis de sua competência geográfica, arquivo este organizado em matrículas individuais (e únicas) para cada imóvel, preenchida pela inscrição de títulos cuja validade e autenticidade foram atentamente verificadas por um profissional do Direito. Não é por outro motivo que as palavras de Ricardo Dip enaltecem tal instituição com as seguintes palavras:

Entre essas várias instituições cuja finalidade é a consecução da segurança jurídica, destaca-se o Registro de Imóveis. [...] essa espécie dirigida expressamente a realizar o bem de um grupo social – na dicção de Le Fur – ou, dito de outro modo, a realizar o Bem Comum. O só fato de a vida humana política reclamar, em alguns supostos, a estabilidade ou segurança, e com ela a certeza das relações jurídicas, já inclui essa segurança e certeza, simultaneamente, na esfera de consideração da justiça.<sup>230</sup>

Nesta esteira, Luciano Lopes enumera os maiores fins do registro de imóveis. O primeiro deles consiste em robustecer a segurança jurídica das transações jurídicas imobiliárias; o segundo é promover a efetivação da função social, econômica e ambiental da propriedade imobiliária; em terceiro lugar vem a garantia da autenticidade e eficácia dos atos e negócios jurídicos imobiliários; e, por fim, ser um instrumento de profilaxia jurídica e social.<sup>231</sup>

Assim, tal relevância do ofício somente poderá ser potencializada ao se ter como prática corrente a atuação independente e contextualizada nas

---

<sup>230</sup> DIP, Ricardo. **Registros Públicos**: a trilogia do camponês de Andorra e outras reflexões. Campinas: Millenium, 2003, p. 177.

<sup>231</sup> PASSARELLI, Luciano Lopes. Da autonomia do direito registral imobiliário. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo, v. 75, jul.-dez. 2013, p. 47.

particularidades sociais por parte do registrador de imóveis em conjunto com os usuários do serviço, de forma a ser ali – no balcão – a fonte de soluções para situações concretas complexas, por meio da ação conjunta desses dois atores inseridos num contexto social específico, sempre apoiados nos ditames constitucionais e sem a necessidade de intervenção judicial ou de outro aplicador do direito mais distante daquele caso concreto.

Desta forma, direitos fundamentais referentes à propriedade – e todos os demais direitos ou deveres fundamentais daí originados, como a função social da propriedade; o pagamento de tributos e o consequente custeio da promoção de outros direitos fundamentais; a observância de imposições ambientais e a decorrente garantia de um meio ambiente equilibrado – serão melhores guardados e promovidos pela ação sensível do registrador nos moldes descritos no decorrer deste estudo.

#### 4.5 REGISTRO CIVIL DE PESSOAS JURÍDICAS

O ofício em questão tem suas atribuições explicitadas na Lei 6.015/73, em seu artigo 114, *caput* e incisos. Segundo o dispositivo, compete ao registro civil de Pessoas Jurídicas a inscrição dos atos constitutivos das associações, das organizações religiosas, das sociedades simples, das fundações e dos partidos políticos. Além disso, o parágrafo único desse artigo acresce a competência para o registro de jornais, periódicos, oficinas impressoras, empresas de radiodifusão e agências de notícias.

Conforme o artigo 45, do Código Civil, e o 119, da Lei 6.015/73, é com o registro dessas espécies de pessoas jurídicas de direito privado, no cartório competente, que se inicia a existência legal das mesmas e, conseqüentemente, a personalidade jurídica delas.

O registro inaugural é feito por meio da apresentação, por parte do interessado, de duas vias do ato constitutivo da pessoa a ser criada, e compete ao oficial observar se tal documento obedece aos requisitos dos artigos 120 e 123, ambos da Lei 6.015/73, além dos previstos no artigo 46, do Código Civil.

Dentre as exigências contidas nesses dispositivos, podem ser citadas as obrigações de fazer constar no ato constitutivo: a denominação; o fundo social; a finalidade; a sede; o tempo de duração; o modo pelo qual se administra e representa a pessoa; se o próprio ato é reformável; responsabilidade dos membros; condições de extinção da pessoa; entre outras indicações.

Uma vez observados todos os requisitos legais para a criação e efetivado o registro, competirá ao registrador também inscrever em seus livros os atos mais relevantes da vida da pessoa jurídica, como alteração de sede, de denominação, de dirigentes e mudanças no estatuto ou contrato social.

Assim, o oficial deve acompanhar e fiscalizar a regularidade dos principais atos praticados por estas pessoas jurídicas, obstando aqueles eivados de vícios (como os praticados por dirigente incompetente), de forma a configurar uma atuação essencial para com a pessoa jurídica, pois analisa quem pode tomar decisões dentro da pessoa, quais órgãos (e quando podem ser formados) são competentes para cada ato, fiscalização de quóruns, etc.

Ao se analisar as funções deste ofício ao lado do caráter das espécies de pessoas jurídicas que devem ali ser registradas, será de fácil apreensão o grau de sua importância no meio social.

As pessoas jurídicas de direito privado cujo registro se dá no cartório de registro civil de pessoas jurídicas são as associações, as sociedades simples, fundações, organizações religiosas, partidos políticos, jornais, oficinas impressoras, agência de notícias e empresas de radiodifusão.

Portanto, o oficial tem a função de registrar e zelar pelo regular funcionamento de associações e fundações (que podem ter fins recreativos, religiosos, morais,

políticos, partidários, sindicais, cooperativos, filantrópicos e assistenciais); de sociedades simples (que é a manifestação do pequeno empreendedorismo, da livre iniciativa, do trabalho e da renda); de meios de comunicação e imprensa (o que viabiliza a manifestação artística, intelectual, científica e do livre pensamento).

Com isso, evita-se que manifestações culturais, religiosas, meios de comunicações, interesses partidários e de categorias profissionais sejam ameaçados por irregularidades na administração das pessoas jurídicas. Então, o oficial é um guardião dos direitos fundamentais correlatos à atuação da pessoa jurídica, seja religiosa, cultural, artística, moral, filantrópica, profissional, de comunicação e imprensa, política, etc.

Apenas Dentre os direitos fundamentais imediatamente relativos ao ofício de registro das pessoas jurídicas podem ser citados: a liberdade de crença e livre exercício de cultos religiosos; livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; livre exercício de trabalho, ofício ou profissão; acesso à informação; livre associação para fins lícitos; livre criação de associações e de cooperativas; proteção à existência das associações; e legitimidade da associação para representar seus associados quando lei autorizar; os quais se encontram positivados respectivamente nos incisos VI, IX, XIII, XIV, XVII, XVIII, XIX e XXI, todos do artigo 5º da Constituição.

Por isso, a interpretação constitucional independente e inserida socialmente desempenhada pelo registrador nesse ofício é de grande valia para a efetivação e guarda dos direitos fundamentais correlatos, haja vista que o oficial se posiciona com grande proximidade das particularidades das mais diversas manifestações culturais, intelectuais, profissionais e políticas, com uma visão privilegiada de suas particularidades e necessidades.

#### 4.6 REGISTRO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS



Ensina Luiz Guilherme Loureiro que a principal função dos cartórios de registro de títulos e documentos é a de dar publicidade a certos títulos, documentos e instrumentos privados. Além dessa, ainda existe a atribuição de efetuar o registro facultativo de quaisquer documentos para fins de conservação.<sup>232</sup> Ambas estão estabelecidas nos artigos 127 e 129, da Lei 6.015/73.

A primeira das funções mencionadas é o registro obrigatório de documentos para conferir publicidade aos mesmos. Tal encargo pode decorrer do simples interesse público na publicidade dos papéis especificados no artigo 127, incisos I ao VI, da lei em comento, bem como também pode resultar da necessidade do registro para que surtam efeitos perante terceiros os documentos enumerados no artigo 129, também da Lei de Registros Públicos. Além dos enumerados expressamente nesses artigos, o parágrafo único do artigo 127 diz ser incumbência dessa serventia efetuar os registros não atribuídos expressamente aos outros ofícios extrajudiciais.

Já a segunda função, esta consiste na possibilidade de realização do registro facultativo de qualquer documento – inclusive daqueles cuja competência seja de outro ofício – para fins de conservação. Ou seja, o interesse aqui encontrado não é o da publicidade, pois

[...] não há interesse público na obtenção da informação contida no documento. Não há necessidade, portanto, de publicidade. A divulgação do documento registrado em nada contribuirá para a prevenção de litígios ou para assegurar a paz social, uma vez que seu conteúdo não interessa a terceiros ou ao tráfico jurídico e econômico (segurança jurídica).<sup>233</sup>

Entretanto, o registro para fins de conservação é promotor da segurança de negócios jurídicos e prevenção de litígios, pois consiste em mecanismo de preservação e perpetuação de provas negociais.

---

<sup>232</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2010, p. 179.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 183.

Por sua, os registros obrigatórios neste ofício também têm por finalidade a prevenção de litígios, protegendo o direito de propriedade e, ao mesmo tempo, dando guarida a terceiros que depositam confiança na situação cuja publicidade foi dada por meio do cartório. Assim, a segurança e previsibilidade dos negócios são valores promovidos pelo registro de títulos e documentos, os quais são ferramentas de paz e ordem sociais.<sup>234</sup>

## 4.7 TABELIONATO E REGISTRO DE CONTRATOS MARÍTIMOS

O tabelião e registrador de contratos marítimos prezam pela prevenção de litígios por meio da atuação sobre a autenticidade e publicidade dos contratos dessa natureza. Sua dupla competência está prevista no artigo 10, da Lei 8.935/94, cuja transcrição segue:

Art. 10. Aos tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos compete:

I - lavrar os atos, contratos e instrumentos relativos a transações de embarcações a que as partes devam ou queiram dar forma legal de escritura pública;

II - registrar os documentos da mesma natureza;

III - reconhecer firmas em documentos destinados a fins de direito marítimo;

IV - expedir traslados e certidões.

Pode-se verificar que este profissional é ao mesmo tempo tabelião e registrador. Por isso, todas as funções orientadoras e de assessoramento que recaem sobre o tabelião de notas, deve igualmente exercer o titular da serventia marítima, assim como, cumulativamente as funções ligadas à publicidade dos registradores em geral.

Enquanto tabelião de contratos marítimos, este profissional deve estar atento às necessidades dos contratantes que buscam este serviço público, com especial cuidado para a melhor captação possível das vontades a ele apresentadas, almejando sempre os efeitos desejados pelas partes com a

---

<sup>234</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2010, p. 181-182.

lavratura do contrato no caso específico. Atua, assim, como aquele que sana incertezas e que traz a justiça preventiva por meio da segurança e eficácia dada às vontades contratantes.

Por outro lado, enquanto registrador dos contratos, este delegado também acumula as funções de garantia de publicidade e segurança dos atos de natureza marítima praticados, o que possibilita o conhecimento público dos direitos e ônus que recaiam sobre as embarcações. É, portanto, o que torna previsível e de conhecimento geral os atos referentes aos negócios marítimos.

Dessa maneira, o tabelião registrador em destaque possui uma dupla frente de atuação socialmente contextualizada e constitucionalmente amparada: seja na perfeita lavratura das vontades externadas pelos contratantes, como também na garantia de publicidade das escrituras por ele mesmo lavradas.

#### 4.8 REGISTRADOR E TABELIÃO ENQUANTO INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO COMO APRIMORAMENTO DA DEMOCRACIA

A pretensão desse capítulo não foi a de especificar minuciosamente todas as atribuições dos notários e dos registradores, com detalhes técnicos dos procedimentos de escrituração e das formalidades exigidas. Em contrapartida, sua finalidade foi demonstrar em quais pontos tais profissionais do Direito tocam nos direitos fundamentais ao exercer suas atividades, para que, assim, se possa vislumbrar os benefícios oferecidos à efetivação de tais direitos ao se possibilitar a interpretação dos valores constitucionais por parte desses delegados sensíveis às vicissitudes sociais ocorridas em seu entorno.

Logo, as possibilidades oferecidas a tais profissionais devem ser amplas, inseridas na sociedade, orientadas essencialmente pela Constituição, mas com a ressalva de que eles não possam sanar os impasses onde existam pretensões resistidas. Isto porque o oficial e notário não possuem jurisdição –

pertencente ao Judiciário, segundo o conceito clássico, o qual a define como poder e dever do Estado de fazer substituir a vontade das partes, quando provocado.<sup>235</sup>

Esta deve ser a diferença entre tais aplicadores do direito – o juiz e o notário ou registrador. Ainda assim, nesses casos é recomendável a participação do registrador na instrução processual, com ações muito além do simples oferecimento de certidões.

Tal proposta maior atividade se apresenta como suprimento das carências da aplicação escalonada<sup>236</sup> do direito positivo, conforme descreveu Hans Kelsen, por meio da qual o legislador deve interpretar a Constituição, ao passo que os demais aplicadores do direito devem interpretar o fruto do processo legislativo. Um passo já foi dado além da referida prática positivista no momento em que o juiz ocupou uma posição de intérprete da Constituição e garantidor dos direitos ali contidos.

Na contemporaneidade, entretanto, o constitucionalismo brasileiro já experimentou diversas mudanças, as quais suplantaram a interpretação exclusiva da Constituição e caminham no sentido de franquear a interpretação constitucional para além do Legislativo e Judiciário como forma de aprimorar o funcionamento do constitucionalismo democrático, conforme foi analisado no capítulo anterior.

Apesar desse novo contexto e dos notários e registradores possuírem tantas contribuições a oferecer na efetivação e guarda dos direitos fundamentais, por meio de uma atuação independente, conjunta com os usuários dos serviços extrajudiciais, e totalmente amparada no texto constitucional, a atuação deles ainda tem ocorrido de forma pouco lúcida para os valores constitucionais no seio da sociedade, uma vez que inexistente tradição de interpretação

---

<sup>235</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**: teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica : procedimentos em 1º e 2º graus: recursos: execução: tutela de urgência. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 67.

<sup>236</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 387-388.

constitucional, mas sim a mediação formalista de diversos instrumentos legais e infra legais minuciosos entre a Constituição e o delegatário, o que restringe a atuação notarial e de registro a uma série de procedimentos formais. E isso, segundo o professor Daury Cesar Fabriz, consiste numa redução do caráter democrático de um regime:

[...] a democracia nunca será reduzida a procedimentos, tampouco a instituições; mas é a força social e política que se esforça por transformar o Estado de direito em um sentido que corresponda aos interesses dos dominados, enquanto o formalismo jurídico e político a utiliza em um sentido oposto, oligárquico, impedindo a via do poder políticos às demandas sociais que coloquem em perigo o poder dos grupos dirigentes. O que, ainda hoje, opõe um pensamento autoritário a um pensamento democrático é que o primeiro insiste sobre a formalidade das regras jurídicas, enquanto o outro procura descobrir, atrás da formalidade do direito e da linguagem do poder, escolhas e conflitos sociais.<sup>237</sup>

Por fim, a explicação encontrada por este estudo capaz de justificar a atuação constitucionalmente limitada dos tabeliães e registradores por parte do formalismo descrito acima no Estado constitucional brasileiro é unicamente o estado de exceção – objeto de estudo do capítulo seguinte – o qual mantém, esse canal de promoção dos direitos fundamentais sob autoritarismo da formalidade das diversas regras jurídicas infra constitucionais, ao passo que o contexto vigente é o de ampliação e aperfeiçoamento da democracia por meio de escolhas e atitudes sensíveis aos conflitos sociais ocultados pela forma.

---

<sup>237</sup> FABRIZ, Daury Cesar. Qual democracia?. **Depoimentos**: revista da Faculdade de Direito de Vitória, v. 4, n. 7, jul./dez., 2003, p. 86-87.

## **CAPÍTULO 5 – O ESTADO DE EXCEÇÃO: SUSPENSÃO PERMANENTE DA ORDEM JURÍDICA VIGENTE**

Diante das análises imediatamente anteriores, pode-se facilmente notar que a ciência do Direito Constitucional no Brasil tem experimentado diversos e relevantes avanços.

No entanto, tais progressos se mostram mais claramente em um conjunto de intérpretes oficiais da Constituição brasileira, ao passo que, para os demais, parece ter havido uma estagnação. Assim, permanece de fora das novas conquistas e dos novos paradigmas constitucionais o restante da seara de intérpretes, os quais, em sua totalidade, são fundamentais para que o Direito se aproxime mais da realidade e se torne mais plural.

Para tratar dessa disequíbrio entre o Judiciário e os demais intérpretes – dentre os quais se enfoca os integrantes dos ambientes registrares e notariais – serão instrutivos alguns estudos acerca do estado de exceção, pois a ciência constitucional avança para alguns setores jurídicos, ao mesmo tempo que paradigmas anteriores e superados permanecem para outros.

Os motivos para tal descompasso, ainda que não explicitados, são os mesmos que justificam a instauração de um estado excepcional. Declaradamente, restrições interpretativas têm como objetivo a preservação ou a estabilidade de uma ordem jurídica vigente, o mesmo objetivo da exceção, conforme será visto nas linhas seguintes.

### **5.1 CONCEITO DE ESTADO DE EXCEÇÃO**

O conceito de estado de exceção a ser adotado nesse estudo possui como principais fontes os dois cientistas de maior peso no assunto: Carl Schmitt e

Giorgio Agamben. Schmitt foi o primeiro a tratar do assunto de forma científica, ao tomar a exceção como meio de definir soberania e decisão; já Agamben, enrobustece seus estudos com referências históricas acerca do estado excepcional no decorrer dos séculos, além de defender que consiste, atualmente, numa forma de governo generalizada e perene no contexto ocidental contemporâneo.

Os primeiros passos na conceituação e determinação semântica da expressão “estado de exceção” são suficientemente uniformes e concordes. Ambos os autores pretendem transparecer que o estado de que tratam não podem ser confundidos com simples estados marciais, de emergência, ou “qualquer ordem de necessidade ou estado de sítio”<sup>238</sup> com procedimentos e definições prevista em normas jurídicas, “pois uma norma geral, como é apresentada pelo princípio jurídico normalmente válido, jamais pode compreender uma exceção absoluta [...]”<sup>239</sup>. Portanto, “o estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito limite”<sup>240</sup>.

É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor.<sup>241</sup>

A peculiaridade de Carl Schmitt, acerca do assunto, consiste na ligação que faz entre o estado de exceção e o direito. Em sua obra intitulada Teologia Política – cuja finalidade não é, propriamente, definir estado de exceção, mas sim, a partir dele, conceituar soberania – a decisão ocupa um patamar jurídico, ao lado da norma jurídica. A relação entre norma jurídica e decisão é, nos termos de Schmitt, excludente: na medida em que a norma atinge sua máxima produção de efeitos, a decisão fica restrita ao seu patamar mínimo; por outro lado, no momento em que a norma é suspensa – aniquilada, nos termos do

<sup>238</sup> SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

<sup>239</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>240</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer, II, 1. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 15.

<sup>241</sup> Ibidem, p. 48-49.

autor – a decisão se mostra em “sua absoluta nitidez”.<sup>242</sup> À aniquilação da norma corresponde, portanto, o estado de exceção e à primazia normativa o caso normal.<sup>243</sup>

Apesar da anulação da norma, o estado excepcional permanece vinculado ao direito pelo condão da competência do soberano para emitir um dos componentes jurídicos: a decisão:

Ele decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como sobre o que se deve fazer para saná-lo. O soberano se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém, a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*.<sup>244</sup>

Por outro lado, considerar o soberano o condão que une o estado de exceção e o direito, significa equipara-lo a uma lei viva, ainda mais pelo fato de que o soberano sequer se encontra obrigado pela lei, segundo Agamben. E, por conseguinte, tal identidade do soberano com a lei acaba por torná-lo o fundamento anômico da ordem jurídica.<sup>245</sup> Isso corresponde à precursora da forma moderna da decisão acerca da exceção:

Antes de assumir a forma moderna de uma decisão sobre a emergência, a relação entre soberania e estado de exceção apresenta-se sob a forma de uma identidade entre soberano e anomia. O soberano, enquanto uma lei viva, é intimamente *anomos*. Também aqui o estado de exceção é a vida – secreta e mais verdadeira – da lei.<sup>246</sup>

Segundo as lições de Schmitt, de fato não poderia ser de outra forma, posto que a ocorrência da extrema exceção é de tipificação impossível. Também impensável é a previsão normativa daquilo que deve ser feito e dos procedimentos cabíveis para a recuperação da ordem.<sup>247</sup> “No máximo, a

---

<sup>242</sup> SCHMITTT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13.

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 8, grifo no original.

<sup>245</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer, II, 1. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 107.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 107, grifo no original.

<sup>247</sup> SCHMITTT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.



Constituição pode indicar quem deve agir em tal caso. Não se submetendo a ação a nenhum controle [...]”<sup>248</sup>.

Giorgio Agamben considera tal articulação (estado de exceção e direito) artificiosa e aporética cuja finalidade é a apropriação, pelo direito, do estado de exceção para seu seio. A força de lei presente nos atos praticados no estado de exceção nada mais são, nos termos do autor, do que uma ficção de um poder místico exarado da lei – ou de toda ordem jurídica – que foi suspensa, o que origina o paradoxo força de lei sem lei (motivo pelo qual escreve em sua obra “força de ~~lei~~”<sup>249</sup>, valendo-se de tais riscos sobre a palavra):

O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força de ~~lei~~). Tal força de ~~lei~~, em que potência e ato estão separados de modo radical, é certamente algo como um elemento místico, ou melhor, uma *fictio* por meio da qual o direito busca se atribuir sua própria anomia.<sup>250</sup>

Desta forma, percebe-se uma sensível disparidade entre os autores sobre o tema é justamente a ligação da exceção com o direito. Schmitt vislumbra tal elo na decisão, em seu estágio de maior pureza, uma vez que é um componente jurídico, embora não normativo. Por sua vez, Agamben entende que o direito suspende a si, dando lugar ao vivente, surgindo um vácuo jurídico, o qual ele descreve como uma fratura, desprovida de qualquer resquício jurídico.

## 5.2 ORIGENS HISTÓRICAS: *IUSTITIUM*

As origens históricas do estado de exceção se estendem ao direito romano, manifestado pelo chamado *iustitium*. Ainda que a forma romana não seja

<sup>248</sup> SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

<sup>249</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção: homo sacer**, II, 1. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 61.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 61.

idêntica a do estado de exceção moderno, aquela apresenta uma série de premissas essenciais à compreensão da atual figura da exceção.

A instituição do *iustitium* ocorria em situações que oferecessem perigo à República. Diante da emergência, era expedido um decreto que declarava o *tumultus*: uma situação de guerra externa, civil ou insurreição reconhecida. Fundado na decretação do *tumultus*, o Senado emitia um *senatus consultum ultimum*, por meio do qual solicitava a certas pessoas que tomassem medidas específicas voltadas para a manutenção do Estado. Esses indivíduos solicitados a agir em favor da salvação estatal poderiam ser os cônsules, pretores e até, em casos extremos, os cidadãos.<sup>251</sup>

A terminologia *iustitium* indica a mesma ideia de *solstitium*: enquanto *solstitium* faz alusão à ausência ou afastamento do sol, *iustitium* trata da ausência ou afastamento do direito.<sup>252</sup>

Assim, na própria expressão já se encontra uma relevante contribuição ao estudo do estado de exceção: o *iustitium* não pode ser confundido com a ditadura, da mesma forma que o estado de exceção moderno também não o pode.

No caso da ditadura romana, a constituição previa que o ditador era uma espécie de magistrado, escolhido pelos cônsules. Os amplos poderes do ditador eram estabelecidos por uma *lex curiata*, a qual também previa os objetivos da ditadura. Em contrapartida, no *iustitium* não havia a criação de uma nova magistratura, mas apenas a suspensão das normas que limitavam a ação dos magistrados pré existentes.<sup>253</sup>

Com a suspensão das leis limitadoras de poder, a atuação do magistrado ou cidadão nessas condições se dava em um ambiente metaforicamente definido como um vácuo jurídico, conforme se observa a seguir:

---

<sup>251</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer, II, 1. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 67.

<sup>252</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>253</sup> Ibidem, p. 74-75.

Mas, evidentemente, o magistrado ou o simples particular que agem durante o *iustitium* não executam nem transgridem nenhuma lei e, sobretudo, também não criam direitos. Todos os estudiosos estão de acordo quanto ao fato de que o *senatus consultum ultimum* não tem nenhum conteúdo positivo: limita-se a exprimir uma opinião introduzida por uma fórmula extremamente vaga (*videant consules...*), que deixa o magistrado ou o simples cidadão inteiramente livre para agir como achar melhor e, em último caso, para não agir. Caso se quisesse, a qualquer preço, dar um nome a uma ação realizada em condições de anomia, seria possível dizer que aquele que age durante o *iustitium* não executa nem transgredir, mas *inexecuta* o direito.<sup>254</sup>

De tais análises do *iustitium*, Giorgio Agamben vislumbra algumas conclusões que podem ser aproveitadas ao estudo do estado de exceção moderno. A primeira delas, e mais relevante, é a impossibilidade de considerar o estado de exceção uma ditadura. A raiz do estado de exceção moderno, o *iustitium*, não era, conforme salientado anteriormente, a concessão de plenos poderes ao ditador. Em sentido contrário, o *iustitium* era um “espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas [...] estão desativadas”<sup>255</sup>.

Dessa conclusão, prossegue o autor, torna-se impossível, portanto, vincular a exceção ao direito, seja por meio da ditadura ou qualquer outra exercício de direito que o Estado encontra para a sua própria defesa ou preservação.

De posse dessa afirmativa, Agamben refuta toda a distinção feita por Schmitt sobre a ditadura comissária e ditadura soberana<sup>256</sup>, posto que uma delas age em defesa da Constituição vigente e a outra age contra esta, na forma de um poder constituinte originário.

Contudo, a segunda conclusão do autor consiste justamente na relevância desse vazio jurídico para a ordem jurídica, ainda que com ela não mantenha qualquer ponto de contato. Há, ainda, qualquer coisa de fundamento da própria ordem jurídica:

<sup>254</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer, II, 1. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 78.

<sup>255</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>256</sup> Ibidem, 78-79

Esse espaço vazio de direito parece ser, sob alguns aspectos, tão essencial à ordem jurídica que esta deve buscar, por todos os meios, assegurar uma relação com ele, como se, para se fundar, ela devesse manter-se necessariamente em relação com uma anomia. Por um lado, o vazio jurídico parece absolutamente impensável pelo direito; por outro lado, esse impensável se reveste, para a ordem jurídica, de uma relevância estratégica decisiva e que, de modo algum, se pode deixar escapar.

A partir disso, é possível claramente compreender as outras duas derradeiras do autor acerca do *iustitium* e o estado de exceção. Assim, por meio da segunda conclusão, é fácil compreender a razão pela qual Agamben rotula os atos praticados no interstício não como legislativos, executivos e tão pouco transgressivos de direito, mas apenas “radicalmente subtraídos a toda determinação jurídica”<sup>257</sup>, ou seja, estão “fora do âmbito do direito”<sup>258</sup>.

A última conclusão que os estudos acerca do *iustitium* tem como cerne a força de lei, que, como uma força invisível, é emanada quando ocorrida a suspensão do ordenamento jurídico. Da referida força, todos tentam se apropriar: governo, opositoristas, poder constituído, poder constituinte.<sup>259</sup> Agamben utiliza, no decorrer de sua obra, a expressão “força de lei” para expressar a ideia de que, no estado de exceção, fala-se desta força, a qual não tem relação com a lei, ainda que se inclua impropriamente o verbete “lei”, com o claro intuito de transparecer uma falsa inclusão no direito:

A força de lei separada da lei, o *imperium* flutuante, a vigência sem aplicação e, de modo mais geral, a ideia de uma espécie de grau zero da lei, são algumas das tantas ficções por meio das quais o direito tenta incluir em si sua própria ausência e apropriar-se do estado de exceção ou, no mínimo, assegurar-se uma relação com ele.<sup>260</sup>

<sup>257</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer, II, 1. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 78.

<sup>258</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>259</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>260</sup> Ibidem, p. 80.

### 5.3 ESTADO DE EXCEÇÃO NA MODERNIDADE

Diante da distinção feita no estudo histórico anterior entre estado de exceção e ditadura, Giorgio Agamben nega que os regimes nazista e fascista tenham sido ditatoriais, haja vista a investidura de Hitler e Mussolini em seus cargos de maneira legal, sem mencionar a manutenção da ordem constitucional vigente. Por outro lado, a peculiaridade de tais governos consiste no fato de eles terem criado uma ordem constitucional paralela à formalmente estabelecida, criando um paradigma definido como “Estado dual”, no qual a constituição não formalizada juridicamente coexistia com a formal por intermédio do estado de exceção.<sup>261</sup>

Assim, desde os totalitarismos modernos do século XX, passou a ser verificado como prática essencial, nos Estados contemporâneos, a criação espontânea do estado de exceção permanente. Mais ainda. Tal estado tem sido técnica de governo na maioria dos Estados contemporâneos, com tendências a se expandir ainda mais, mesmo que não seja explicitamente declarado ou reconhecido, inclusive naqueles denominados Estados democráticos. Essa situação, na verdade, corresponde ao limbo entre democracia e absolutismo.<sup>262</sup>

A própria escolha do termo para se referir a essa técnica governamental representa a escolha de um ponto de vista acerca desse objeto de estudo.<sup>263</sup> Explica-se. Historicamente, conforme visto anteriormente no *iustitium*, o estado excepcional esteve fortemente vinculado à guerra e à ameaça causada por confrontos marciais diretos.

A referida associação bélica não se limitou ao direito romano antigo, mas se prolongou no tempo. Contudo, verificou-se o gradual rompimento da simbiose entre a guerra e o estado de exceção.

---

<sup>261</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer, II, 1. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 75-76.

<sup>262</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>263</sup> Ibidem, p. 15.

Importante exemplo da transição para a independência da exceção em relação ao confronto direto pode ser verificado no decreto napoleônico de 24 de dezembro de 1811, o qual permitia a instauração de um estado de sítio, a ser declarado pelo imperador, de maneira independente à efetiva existência de cidades sitiadas ou ameaçadas por forças inimigas<sup>264</sup>, de maneira a conferir maiores poderes de ação à polícia militar.<sup>265</sup>

Em continuidade ao desenvolvimento do instituto da exceção, também na França, percebeu-se, pela primeira vez, a possibilidade de suspensão da Constituição, conforme o próprio texto constitucional em seu artigo 92:

No caso de revolta a mão armada ou de desordem que ameacem a segurança do Estado, a lei pode suspender, nos lugares e pelo tempo que ela determinar, o império da constituição. Esta suspensão pode ser provisoriamente declarada nos mesmos casos por um decreto do governo, estando o corpo legislativo em recesso, conquanto que esse corpo seja convocado no mais breve possível por um artigo do mesmo decreto.<sup>266</sup>

Ainda pedagogicamente relevante, no que tange desenrolar do estado de exceção como prole do estado de sítio, existe a manifestação de Roosevelt em 1933, na qual se pode claramente notar a herança belicosa:

[...] eu assumo sem hesitar a liderança deste grande exército de nosso povo voltado ao disciplinado ataque sobre nossos problemas comuns [...]. Eu estou preparado sob meu dever constitucional a recomendar as medidas requeridas por uma nação arrasada no mundo arrasado [...]. Mas, se por ventura o Congresso falhar em tomar um desses dois cursos, e no caso de a emergência nacional permanecer crítica, eu não evadirei do claro curso do dever que me cabe. Pedirei ao Congresso por um instrumento remanescente para enfrentar a crise – largos poderes Executivos para travar uma guerra contra a emergência, tão amplos quanto o poder que me seria dado se fôssemos de fato invadidos por um inimigo estrangeiro.<sup>267</sup>

<sup>264</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer, II, 1. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 14 e 15.

<sup>265</sup> FRANÇA. **Décret du 24 décembre 1811**. Art 52. Disponível em <<http://fr.wikisource.org>>. Acesso em 15 jan. 2015.

<sup>266</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: homo sacer, II, 1. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 16 e 17.

<sup>267</sup> “[...] I assume unhesitatingly the leadership of this great army of our people dedicated to a disciplined attack upon our common problems [...]. I am prepared under my constitutional duty to recommend the measures that a stricken nation in the midst of a stricken world may require [...]. But in the event that the Congress shall fail to take one of these two courses, an in the event that the national emergency is still critical, I shall not evade the clear course of duty that

Tais estágios e a desvinculação da guerra, acima ilustrados, compuseram o que hoje Agamben chama de estado de exceção, de maneira a serem atualmente incompletos os termos “estado de sítio”, “lei marcial”, e outras denominações atreladas à guerra.

Todos os três exemplos mencionados demonstram características essenciais à conformação atual da exceção, quais sejam a desvinculação de sua origem bélica e a possibilidade de causar a suspensão da Constituição, mesmo que por meio de uma norma infraconstitucional.

Um terceiro atributo relevante da exceção foi construído no contexto da Primeira Guerra Mundial (1914-1918 <sup>268</sup>), o qual consistiu na então provisória separação entre as funções legislativas, executivas e judiciárias:

A Primeira Guerra Mundial – e os anos seguintes – aparece, nessa perspectiva, como laboratório em que se experimentaram e se aperfeiçoaram os mecanismos e dispositivos funcionais do estado de exceção como paradigma de governo. Uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo.<sup>269</sup>

Sobre o assunto, são instrutivas as lições de Clinton Lawrence Rossiter, quem tratou sobre a exceção sob a forma de uma ditadura com escopo de manutenção da ordem constitucional. Estes eram, a princípio, o objetivo e a circunstância nos quais o autor entende ser cabível uma ditadura constitucional.

---

will then confront me. I shall ask the Congress for the one remaining instrument to meet the crisis – broad Executive power to wage a war against the emergency, as great as the power that would be given to me if we were in fact invaded by a foreign foe.” ROOSEVELT, Franklin Delano. Disponível em <<http://www.archives.gov/education/lessons/fdr-inaugural/>>. Acesso em 15 jan 2015, tradução nossa.

<sup>268</sup> BALMAND, Pascal. **Histoire de la France**. Torino: Hatier, 1992. p. 247-254.

<sup>269</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção: homo sacer**, II, 1. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007, p.19.

Rossiter defende que somente em tempos de normalidade o complexo equilíbrio de poderes constitucionalmente estabelecido deve vigor. Ou seja, a normalidade é o pressuposto da ordem constitucional.

Por outro lado, nos casos de anormalidade, o governo constitucional precisa ser modificado por meio de qualquer medida imprescindível para a neutralização da ameaça e para o retorno ao estado normal. Tais medidas, segundo o autor, implicam necessariamente em um governo mais forte e na consequente retração dos direitos dos cidadãos.<sup>270</sup>

Abstraindo-se de um posicionamento favorável ou contrário ao entendimento acerca da legitimidade de uma ditadura constitucional como meio de manutenção da ordem constitucional, o que realmente importa, nos limites desse estudo, é a conclusão a qual chegou o autor norte americano em sua obra.

Na conclusão de sua obra – *Constitutional Dictatorship* – Rossiter enxerga na inauguração da era atômica o marco a partir do qual o governo emergencial deixa de se tornar exceção e se torna a regra geral: “Na Era Atômica dentro da qual o mundo entra agora, o uso dos poderes de emergência constitucional pode se tornar a regra, e não a exceção. Isso pode não ser uma antevisão otimista, mas é muito provável.”<sup>271</sup>

Portanto, ainda nas palavras de Clinton Rossiter, aquilo que outrora foi constituído para tempos de guerra, tem se mostrado agora “instituições que perduram em tempo de paz”<sup>272</sup> como forma de preservação da democracia, de modo a ser possível a seguinte conclusão do autor: “Nenhum sacrifício é por demais grande para nossa democracia, menos ainda o sacrifício temporário da

---

<sup>270</sup> ROSSITER, Clinton Lawrence. **Constitutional Dictatorship**: crisis government in the modern democracies. Princeton: Princeton University Press, 1948, p. 5.

<sup>271</sup> “In the Atomic Age upon which the world is now entering, the use of constitutional emergency powers may well become the rule and not the exception. This may not be a happy prospect, but it is a very possible one”. Ibidem, p. 297, tradução nossa.

<sup>272</sup> “Lasting peacetime institutions”. Ibidem, p. 313, tradução nossa.



própria democracia”.<sup>273</sup> Assim, sempre haverá espaço para aqueles que “cinicamente saem em defesa da democracia contra a própria democracia.”<sup>274</sup>

---

<sup>273</sup> “No sacrifice is too great for our democracy, least of all the temporary sacrifice of democracy itself.” Ibidem, p. 314, tradução nossa.

<sup>274</sup> FABRIZ, Daury Cesar. Constitucionalismo democrático, democracia e direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Constituição e processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 142.

## **CAPÍTULO 6 – CONCLUSÃO: EXCEÇÃO PERMANENTE COMO MOTIVO À LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO DO NOTÁRIO E REGISTRADOR NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO ATUAL**

No decorrer deste estudo, foram demonstrados os momentos pelos quais passaram a sociedade brasileira – no seu processo de crescente complexidade – e, em paralelo, as características assumidas pelo Estado moderno, inclusive o brasileiro, no decorrer do tempo, as quais foram mudando de acordo com as mutações ocorridas no meio social.

Essas alterações da esfera estatal surtiram significativos efeitos no Direito constitucional brasileiro, já que a Constituição passou a ocupar papel central nas soluções dos conflitos surgidos em uma sociedade complexa em lugar da lei parlamentar. Tal posição nuclear tem como justificativa a melhor distribuição dos direitos constitucionais quando a Constituição for aplicada e interpretada por mais de um aplicador do direito.

A demanda por intérpretes constitucionais plurais é ainda acentuada com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, pois ela comporta, além de regras, grande contingente de princípios em sua estrutura normativa; fato esse que manifesta a superação do positivismo jurídico<sup>275</sup> e confere maior adequabilidade do Direito em relação à sociedade complexa em constantes mudanças.<sup>276</sup>

Como resposta a tal exigência, o Poder Judiciário passou, nas últimas décadas, a desempenhar o papel de intérprete constitucional como forma de suprir a carência do Poder Legislativo em lidar com o meio social complexo. No entanto, a limitação da interpretação constitucional aos âmbitos legislativo e

---

<sup>275</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 112-113.

<sup>276</sup> SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA M. L. P.; OLIVEIRA F. M. R. (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 296.

judiciário ainda é insuficiente para abarcar todos os aspectos sociais do Brasil atual.

Por esse motivo, o estudo optou pela abordagem das possibilidades oferecidas pela atividade constitucional dos notários e registradores em conjunto com o público utilizador dos serviços públicos àqueles delegados, uma vez que se encontram em posição estratégica ao lidar diariamente com direitos fundamentais dos cidadãos.

Entretanto, mesmo em um contexto jurídico que superou o modelo positivista normativo, haja vista as características da Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que delegou as funções de registro e tabelionato a profissionais do direito autônomos (e não mais a leigos), existe uma defasagem na independência dos titulares de serventias extrajudiciais em efetivar direitos fundamentais em consonância com as particularidades sociais por meio da interpretação autônoma da Constituição.

O referido déficit é explicado pelo estado de exceção, pois não houve uma revogação formal da ordem jurídica brasileira pós positivista e em cujo centro se encontra a Constituição, mas apenas sua suspensão para determinados intérpretes constitucionais. Isso possibilitou a coexistência entre a ordem jurídica brasileira pós positivista atual e a ordem anterior à Constituição de 1988, contemporânea da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73), que estendem as tradições de seu tempo aos de hoje.

Os diversos órgãos judiciários já vivem na ordem jurídica brasileira da interpretação constitucional direta, da distribuição da justiça independentemente da ação ou omissão legislativa, e da guarda dos direitos fundamentais. No entanto, parecem viver sós nessa nova conjuntura, pois os registradores, tabeliães, órgãos administrativos, servidores públicos, e toda a população que os permeia permanecem no esquema normativista do início do século XX: com participação limitada, se não nula, no processo de efetivação dos valores constitucionais.

Assim, coexistem, em paralelo: a ordem jurídica pós positivista amadurecida após 1988, a qual permite o acesso ao texto constitucional pelo juiz, sem intermédio do legislador; e, ao mesmo tempo, a ordem lógico formal que restringe a atuação constitucionalmente sensível de vários aplicadores do direito.

A razão de instauração voluntária desse estado de exceção tem a mesma origem das formas adotadas por ele no decorrer de sua história. Se, em tempos anteriores, tinha como fim conferir segurança ao Estado contra ameaças armadas e contra a desordem, no Brasil tem como objetivo evitar toda e qualquer possibilidade de instabilidade jurídica.

Para combater esse mal, esta técnica de governo se vale até da suspensão da Constituição – de maneira informal e não declarada – mediante instrumentos normativos quaisquer; e da simples preservação de uma tradição jurídica anterior à ordem vigente.

Por outro lado, a atual Constituição brasileira tem como valores a emancipação indígena<sup>277</sup> e de todas as manifestações culturais<sup>278</sup>; a valorização da diversidade étnica e cultural<sup>279</sup>, bem como das diversas formas de criar, fazer e viver<sup>280</sup>; a autonomia de entes federados e de instituições da sociedade civil<sup>281</sup>; entre outros que apontam para a descentralização ética. Entretanto, tudo isso é suspenso pela permanência do centralismo estatal normativo e decisório, garantido pelas poucas possibilidades oferecidas a potências sociais de intervir na efetivação de valores sociais, e uma das oportunidades suprimidas, objeto deste trabalho, é o canal oferecido pelas serventias extrajudiciais no manuseio de direitos fundamentais.

No caso dos notários e registradores, verifica-se a manutenção da aplicação escalonada típica do positivismo jurídico, a qual obriga esses profissionais a

---

<sup>277</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. Art. 231.

<sup>278</sup> Ibidem. Art. 215, *caput* e § 1º.

<sup>279</sup> Ibidem. Art. 215, § 3º, V.

<sup>280</sup> Ibidem. Art. 216, II.

<sup>281</sup> Ibidem. Art. 216-A, § 1º, VIII.

aplicarem o direito limitados aos limites das regulamentações – emitida pelas Corregedorias Gerais de Justiça; Conselho Nacional de Justiça; entre outros – ou, quando muito, fundados na legislação, o que afasta a Constituição do centro das atividades notariais e de registro. Pode-se assim perceber “[...] até que ponto um pensamento vinculado a uma determinada época que passou ainda pode conformar e explicar uma outra realidade que vem se alinhavando neste início de século.”<sup>282</sup>

A partir dessa tradição, as serventias extrajudiciais acabam por exercer suas funções amparadas acriticamente em normas infra constitucionais, ainda que o exercício de tal maneira possa contrariar os valores trazidos pela nova ordem constitucional. Por esse motivo se pode dizer que as referidas normas são capazes de suspender e de se sobrepor à aplicação constitucional.

A consequência de tais cercos impostos ao oficial ou tabelião, portanto, é a falta de tradição na interpretação constitucional com finalidade de melhor preservar ou promover os direitos fundamentais, ainda que eles desempenhem funções cada vez mais relevantes ao bem estar social, o que não configura uma discrepância nova, mas já apontada desde 1904 por Joaquim de Oliveira Machado acerca do tabelião, mas que pode facilmente ser partilhada com o registrador brasileiro:

Não menos de cinco seculos hão rolado sobre a instituição do notariado patrio tal como ainda hoje existe. Excepção feita de disposições regulamentares só relativas ao processo do provimento e substituição, subsiste ainda a mesma legislação sobre a indole e attribuições daquelle officio. Atravez de tanta evolução social por que tem passado as ações nestes dois ultimos seculos, o tabellião mantem ainda a feição característica do período affonsino, oprimido, desprestigiado, passivo, illucido [...]. Entretanto o tabellião é tão util á sociedade como o Soberano que, pela angelica imparcialidade, tem em perfeito equilibrio a balança das instituições, como marechal que, com o ardor bellico, expelle do solo da patria o inimigo invasor, como o magistrado que, por justas decisões, restaura o direito individual postergado. Sem liames de interesses que o acorrentem aos patuantes, extreme de condemnaveis paixões, o tabellião, na inteira serenidade de espirito, é o mais intelligente instrumento da paz privada.<sup>283</sup>

---

<sup>282</sup> FABRIZ, Daury Cesar. Por uma nova teorização constitucional. **Depoimentos**: revista do Curso de Direito das Faculdades de Vitória, v. 4, n. 6, jan./jun., 2003, p. 10.

<sup>283</sup> Joaquim de Oliveira Machado. P. 453.

O desequilíbrio entre a relevância notarial e registral e o acanhamento na atuação destes é o fruto de um sacrifício feito ao progresso da democracia em função da manutenção da ordem. Se, por um lado, se teme que a livre atuação constitucional dos delegatários possa acarretar num ambiente de incertezas, as Corregedorias Gerais da Justiça e demais órgãos emitem normas cujas finalidades são declaradas em seus preâmbulos: “[...] a unificação, atualização, organização e padronização das diversas normas existentes [...]”.<sup>284</sup>

Entretanto, conforme analisado no capítulo referente ao Estado constitucional, percebe-se que o receio da insegurança é infundado, pois a Constituição funciona como elemento unificador do direito numa sociedade complexa e ocupa a posição central no ordenamento. Consiste ela no ponto de chegada, para onde tudo converge.

Por conseguinte, no contexto brasileiro atual, ao invés de se promover a maior atuação dos delegatários – e conseqüentemente aprimorar a democracia; os direitos fundamentais; o reconhecimento das particularidades sociais – optou-se por combater uma suposta instabilidade e por manter esse conjunto de profissionais oprimidos, desprestigiados e passivos.

Portanto apesar do registrador e tabelião ser um aplicador do direito capaz de gerar influxos cada vez mais benéficos aos direitos fundamentais, com uma íntima proximidade da sociedade que o rodeia, é por meio da exceção – democraticamente inaceitável por seu cinismo – que “[...] o homem que presta benefícios de tal magnitude permanece na mais desdenhosa de todas as condições”.<sup>285</sup>

---

<sup>284</sup> ESPÍRITO SANTO. Corregedoria Geral da Justiça. **Código de Normas**. Preâmbulo. Disponível em <<http://www.cgj.es.gov.br>> acesso em 15 jan 2014.

<sup>285</sup> MACHADO, Joaquim de Oliveira. **Novíssima guia practica dos tabeliães ou notariato no Brazil e a necessidade de sua reforma**. Rio de Janeiro: Garnier, 1904. p. 446 - 447.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009. 195 p.

\_\_\_\_\_. Direito à saúde e o problema filosófico do paternalismo na bioética. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2012. 408 p.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção: homo sacer**, II, 1. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007. 142 p.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

AMADEI, Vicente de Abreu. DIP, Ricardo (coordenador) et al, **Introdução ao direito notarial e registral**. Porto Alegre: Fabris Editor, 2004. 281 p.

BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de imóveis: doutrina, prática e jurisprudência**. 15. ed. São Paulo, Saraiva: 2010. 803 p.

BALMAND, Pascal. **Histoire de la France**. Torino: Hatier, 1992. 445 p.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 258 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2003. 859 p.

BRASIL. **Código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.135/07.** Art. 6º. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6135.htm#art14](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6135.htm#art14)>. Acesso em 16 dez 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Portaria nº 940/2011.** Disponível em <<http://www.conselho.saude.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 17 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 6.015/73.** São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 7.116/83.** Art. 2º. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7116.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7116.htm)> acesso em 15 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.935/94.** São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.492/94.** São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Receita Federal. **Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.042/2010.** Art. 7º, I. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Ins/2010/in10422010.htm>>. Acesso em 15 dez. 2014.

BUENO, Sérgio Luiz José. **O protesto de títulos e outros documentos de dívida:** aspectos práticos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2011. 286 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 1095 p.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Constituição e processo:** a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 396 p.

CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. **Tabelionato de notas e o notário perfeito.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 455 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. 600 p.



DIP, Ricardo. **Registros Públicos**: a trilogia do camponês de Andorra e outras reflexões. Campinas: Millenium, 2003. 216 p.

DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: conferências de Frankfurt. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1993. 196 p.

ESPÍRITO SANTO. Corregedoria Geral da Justiça. **Código de Normas**. Preâmbulo. Disponível em <<http://www.cgj.es.gov.br>>. Acesso em 15 jan 2014.

FABRIZ, Daury Cesar, Por uma nova teorização constitucional. **Depoimentos**: revista do Curso de Direito das Faculdades de Vitória, v. 4, n. 6, jan./jun., 2003. 228 p.

\_\_\_\_\_. Qual democracia?. **Depoimentos**: revista da Faculdade de Direito de Vitória, v. 4, n. 7, jul./dez., 2003. 211 p.

\_\_\_\_\_. FUCHS, Horst. Interesse local e direitos fundamentais na Federação Brasileira a partir de 1988. **Depoimentos**: revista da Faculdade de Direito de Vitória, n. 13, jan./jun., 2008. 206 p.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça** – a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989. 205 p.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 6. ed. São Paulo: Edusp, 1998. 660 p.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la Antigüedad a Nuestros Días. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001. 170 p.

FRANÇA. **Décret du 24 décembre 1811**. Disponível em <<http://fr.wikisource.org>>. Acesso em 12 jan. 2015.

GEORGE, Pierre. **Sociedades em mudança**: introdução a uma geografia social do mundo moderno. Tradução de Nicole Masuet. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. 97 p.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e

'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. 55 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. 427 p.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2010. 609 p.

MACHADO, Joaquim de Oliveira. **Novíssima guia practica dos tabeliães ou notariato no Brazil e a necessidade de sua reforma**. Rio de Janeiro: Garnier, 1904. p. 479.

MACHADO NETO, Antonio Luis. **Sociologia jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 1979. 420 p.

MASSÉ, Antoine-Jacques. **Le parfait notaire: ou la science des notaires**. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>> Acesso em 20 out 2014.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58, Nov. 2000, p. 183-202.

MOHL, Robert Von. **Encyklopädie der Staatwissenschaften**. Tübingen: Laup & Siebeck. 1859. 760 p.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. 115 p.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Procedimento de dúvida no registro de imóveis: aspectos práticos e possibilidades de participação do notário e a evolução dos sistemas registral e notarial no século XXI**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 366.

PASSARELLI, Luciano Lopes. Da autonomia do direito registral imobiliário. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo, v. 75, jul.-dez. 2013, p. 15-74.

QUARESMA, R.; OLIVEIRA M. L. P.; OLIVEIRA F. M. R. (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**: teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica : procedimentos em 1º e 2º graus: recursos: execução: tutela de urgência. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 718 p.

ROSSITER, Clinton Lawrence. **Constitutional Dictatorship**: crisis government in the modern democracies. Princeton: Princeton University Press, 1948. 322 p.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 102 p.

\_\_\_\_\_. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 152 p.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996. 377 p.

SÉRGIO LUIZ JOSÉ BUENO. **O protesto de títulos e outros documentos de dívida**: aspectos práticos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor: 2011. 286 p.

TAYLOR, Charles, et al. **Multiculturalism**: examining the politics of recognition. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1994. 175 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001. 403 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998. 156 p.

ZINGARELLI, Nicola. **Lo Zingarelli**: vocabolario della lingua italiana. 12. ed. Milano: Zanichelli, 2012. 2720 p.