

ATAS NOTARIAIS

Leonardo Brandelli

Oficial de Registro de Imóveis. Mestre em Direito Privado pela Universidade

Federal do Rio Grande do Sul

1. INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que a ata notarial, depois da escritura pública, é o ato notarial de maior relevância e, apesar disto, não tem ela merecido entre nós a devida atenção, como, aliás, não tem merecido a devida atenção o direito notarial como um todo.

Vamos buscar no presente trabalho estabelecer uma delimitação do instituto da ata notarial, conceituando-o, esclareando o seu objeto, sua forma, estabelecendo a distinção entre a ata e a escritura pública, e buscando as possibilidades de sua aplicação no direito brasileiro. Não temos a pretensão de esgotar nem mesmo de pacificar o assunto, mas, sim, de tão-somente fomentar as discussões jurídicas acerca do tema. Pontos controvertidos surgirão, dando oportunidade aos mais doutos para que teçam análise, fornecendo seu ponto de vista.

Diante da parca legislação brasileira a respeito do tema, bem como diante da praticamente inexistente doutrina nacional da ata notarial, vamos analisar o instituto em questão à luz dos grandes tratadistas do direito notarial de alguns países de grande tradição notarialista. Não se trata de aceitar passivamente os ensinamentos alienígenas acerca da ata notarial, mas, sim, realizar um estudo de direito comparado,

buscando o que possa ser aplicável em nosso ordenamento jurídico, aproveitando em alguns pontos a experiência de outros sistemas jurídicos.

Conforme ensina René David, o “direito comparado é útil para um melhor conhecimento do nosso direito nacional e para seu aperfeiçoamento”.¹ No caso brasileiro, diante do vácuo legislativo acerca da ata notarial, a assertiva de David é mais verdadeira do que nunca.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DO INSTITUTO

Embora possa parecer instituto novo, em virtude de só recentemente ingressar na pauta das discussões do cenário jurídico pátrio, a ata notarial é tão antiga quanto a própria função notarial. Vejamos.

Em que pese não seja pacífico o tema, costuma-se situar no escriba egípcio o mais prisco antepassado do notário. Os escribas pertenciam às categorias de funcionários mais privilegiadas e lhes era atribuída uma preparação cultural especialíssima. Eram eles que redigiam os atos jurídicos para o monarca, bem como atendiam e anotavam todas as atividades privadas. Sua função, no entanto, era a de mero redator, narrando o que captava por seus sentidos, não tendo poder autenticador por faltar-lhe a fé pública.²

Daí assistir razão a Argentino I. Néri, ao asseverar que “la primera idea de ‘acta’ debe haber sido adjudicada a la reseña escrita hecha por el hombre para documentar acuerdos o resoluciones, com fines de validez y com la intención de preservarla como prueba de celebración. Desde luego, en aquellos tiempos no era indispensable observar las formas que después sobrevinieron por razones de los distintos convenios que se formalizaban. Durante un largo período el acto fue testimonio escrito, necesario y obligado”.³

¹ *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 5.

² BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*, p. 26-7.

³ *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, t. III, p. 1101.

Nesse diapasão, nota-se que a função notarial surgiu meramente redatora, colhedora de fatos – embora despida da fé pública -, numa atividade intimamente ligada ao que viria a ser, mais tarde, a ata notarial.

No direito privado romano, durante o período de Justiniano, conforme noticia Argentino I. Néri,⁴ adotou-se, por influência da Igreja, o costume de redigir os contratos através de atas feitas pelos *tabelliones*. Os *tabelliones* eram encarregados de lavrar, a pedido das partes, os contratos, testamentos e convênios entre particulares, intervindo nos negócios privados com notável aptidão como redator, propiciando uma eficaz conservação dos documentos.⁵

Depreende-se da evolução histórica do notariado que trata-se de uma instituição pré-jurídica, que teve sua incoação e desenvolvimento decretados pela necessidade social, e não por uma criação jurídica decorrente do meio acadêmico ou legislativo. Nesse sentido, sábias as palavras de Ramón Fraguas: “No fueron los reyes, ni las cortes, ni los señores, los creadores del notariado. El notario surge del seno de la sociedad y al ‘servicio de la sociedad’, para cubrir un vacío”.⁶

Neste aspecto, a função notarial surgiu eminentemente redatora, longe da complexidade jurídica que a caracteriza hodiernamente. O notário, ou melhor, o antecessor remoto do notário, captava fatos e redigia instrumentos a fim de perpetuar tais fatos no tempo, com caráter probatório. Esta atividade, que é a origem da função notarial, é, ao mesmo tempo, o protótipo da ata notarial. Daí poder-se afirmar que a origem da ata notarial é tão antiga quanto a origem da própria atividade notarial.

Após, evoluiu a ata notarial, tornando-se um ato notarial específico, distinto dos demais atos notariais, destinado a constituir prova dos fatos verificados e narrados pelo Tabelião.

No Brasil, a primeira ata notarial lavrada o foi por Pêro Vaz de Caminha, escrivão da armada portuguesa, ao narrar para o Rei de Portugal a descoberta e a posse das novas terras. Embora lavrada sob outra designação, a carta de Pêro Vaz de

⁴ *Op.cit.*, p. 1104.

⁵ BRANDELLI, Leonardo. *Op. cit.*, p. 29-30.

⁶ *El valor social de la institucion notarial em nuestros dias*, p. 202.

Caminha, levada para Portugal por Gaspar de Lemos, e que é o “registro de nascimento” do Brasil, constitui-se efetivamente na primeira ata notarial lavrada em solo pátrio, uma vez que lavrada pelo escrivão da armada e dada a sua natureza narrativa.

Em que pese o primeiro ato notarial lavrado em solo brasileiro tenha sido uma ata notarial, caiu ela no esquecimento nacional por longo período, vindo somente em 1994, com a Lei nº 8.935, a ser positivada no ordenamento jurídico em âmbito federal, mediante previsão no artigo 7º, inciso III, do citado diploma legal. Antes disso, somente havia previsões pontuais em alguns Estados da Federação, mediante Provimento das respectivas Corregedorias de Justiça.

Embora o surgimento positivo da ata notarial, em nível nacional, tenha sido, como vimos, com a Lei nº 8.935/94, parece-nos lícito concluir que a sua existência jurídica antecede a este marco. Efetivamente a ata notarial já existia anteriormente, prevista na autorização genérica para “autenticar fatos”, ou melhor, relatar fatos com autenticidade, com a qualidade do que é crível, verdadeiro, como decorrência da fé pública da qual é portador o notário. Tal autorização existia já de longa data prevista nos Códigos de Organização Judiciária dos Estados bem como em Provimentos das Corregedorias de Justiça dos Estados. Ademais, pode-se dizer que a função de relatar fatos é ínsita à atividade notarial, sendo o caráter da autenticidade da redação igualmente ínsito à atividade notarial hodierna, ancorada nas premissas do notariado de tipo latino.

O artigo 364 do Código de Processo Civil, que reza que o “documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”, já continha, igualmente, antes da Lei nº 8.935/94, uma autorização tácita para a lavratura de atas notariais.

Note-se que os notários já há muito tempo lavravam atas notariais com outros nomes, embora sem saber que o faziam, como por exemplo, no caso da aprovação de testamento cerrado e das “escrituras declaratórias”, que em verdade, nada mais são do que atas notariais, exceção feita ao caso de contemplarem elas uma declaração unilateral de vontade, como por exemplo, uma promessa de recompensa (artigo 1.512 do Código Civil).

O instituto, enfim, não é novo, nem sequer entre nós, sendo, em nosso entender, anterior à Lei nº 8.935/94 a autorização para sua confecção, autorização essa que

não era utilizada de maneira consciente pelos notários, talvez por insegurança por força da ausência de previsão expressa.

3. CONFIGURAÇÃO DA ATA NOTARIAL

A ata notarial, como vimos, ao contrário do que possa parecer, não é instituto novo no mundo notarial, pelo contrário, a incoação de ambos é simultânea posto que, como vimos, a função notarial surgiu predominantemente redatora.

Mister se faz, pois, caracterizar a ata notarial, definindo-a e diferenciando-a dos demais atos notariais, moldando-a como ato notarial único e que tem um importante papel jurídico e social.

3.1 Conceito

José Enrique Goma Salcedo, notário espanhol, com supedâneo no artigo 197-1 do regulamento notarial daquele país, define ata notarial como o instrumento público no qual os notários consignam os fatos e circunstâncias que presenciam e que por sua natureza não sejam matéria de contrato.⁷

No mesmo sentido envereda Pedro Ávila Alvarez, ao asseverar que “las actas notariales son los documentos originales protocolizados en que el Notario, a instancia de parte, consigna <<los hechos y circunstancias que presencia [...] y que por su naturaleza no sean materia de contrato>>”.⁸

Em solo argentino, recebeu a ata notarial a seguinte conceituação, levada a cabo por Carlos Nicolás Gattari: “documentos notariales [...] que tienen por objeto la autenticación, comprobación y fijación de hechos, excluidos aquellos cuyo contenido es

⁷ *Derecho notarial*, p. 165.

⁸ *Derecho notarial*, p. 127.

próprio de las escrituras públicas y los que tienen designación específica. [...] es el instrumento que autoriza al oficial público, fuera o dentro del protocolo [...] cuyo fin exclusivo es fijar hechos y derechos, comúnmente declaraciones de ciencia, sucesos y diligencias”.⁹

Em Argentino I. Neri, encontramos conceito sintético, extraído do dicionário enciclopédico Salvat, que assim reveste-se: “es la relación fehaciente que extiende el notario de uno o más hechos que presencia o autoriza como depositario de la fe pública”.¹⁰

Na doutrina uruguaia, encontramos a abalizada lição de Rufino Larraud, para o qual consiste a ata notarial em “aquele instrumento matriz autorizado por el escribano fuera de su protocolo para consignar circunstanciadamente y bajo su fé un hecho cualquiera o un acto no constitutivo de otorgamiento, que presencia”.¹¹

Entre nós, definiu o notário Sérgio Afonso Mânica a ata notarial, em um dos raros trabalhos nacionais acerca do tema, como sendo “a narração circunstanciada de fatos presenciados ou verificados pelo notário, ou por substituto legal do mesmo, convocado para sua lavratura”,¹² conceito esse, diga-se, elaborado com apoio no artigo 638, do Provimento n. 01/98, da Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, que dispõe: “Ata notarial é a narração de fatos verificados pessoalmente pelo Tabelião”.

A ata notarial é, enfim, o instrumento público através do qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o translada para seus livros de notas ou para outro documento. É a apreensão de um ato ou fato, pelo notário, e a transcrição dessa percepção em documento próprio.

A ata notarial decorre do poder geral de autenticação de que é dotado o notário, pelo qual lhe é atribuído o poder de narrar fatos com autenticidade, atribuição essa que encontra-se insculpida no artigo 6º, inciso III, da Lei nº 8.935/94. Tal atribuição é ínsita ao tabelião e consiste, na lição de Walter Ceneviva, na “confirmação, pela autoridade da

⁹ *Manual de derecho notarial*, p. 167-8.

¹⁰ *Op.cit.*, p. 1160.

¹¹ *In NERI, Argentino I. Op. Cit.*, p. 1103.

¹² *Ata notarial*, p. 8.

qual o notário é investido, da existência e das circunstâncias que caracterizam o fato, enquanto acontecimento juridicamente relevante”.¹³ Para Antonio Albergaria Pereira, consiste na comprovação, na afirmação, pelo notário, de um fato jurídico, seja ele natural ou voluntário.¹⁴

3.2 Objeto

Do conceito de ata notarial, acima analisado, podemos depreender o seu objeto, qual seja, a mera apreensão de um fato jurídico e a sua transladação, sem alteração, para o livro notarial, ou para outro documento, conforme seja a ata protocolar ou extraprotocolar, o que será analisado adiante.

Bem adverte, nesse sentido, Argentino I. Néri, para quem “el acta es un simple acto expositivo referido a um hecho, y descrito conforme al relato suministrado por el requirente”.¹⁵

O objeto da ata notarial é, portanto, um fato jurídico captado pelo notário, através de seus sentidos, e transcrito no documento apropriado; é mera narração de fato verificado, não podendo haver por parte do notário qualquer alteração, interpretação ou adaptação do fato, ou juízo de valor.

Ora bem, se o conteúdo da ata resume-se a fatos captados pelo notário, cumpre perquirir-se acerca da possibilidade, ou não, de o tabelião narrar, em ata, um ato jurídico presenciado e, para nós, a resposta deve ser positiva.

O objeto da ata notarial é obtido por exclusão, isto é, para ser objeto de ata notarial não pode ser objeto de escritura pública, uma vez que esta subsume aquela e, como veremos adiante em análise específica, a diferença básica entre ambas é a existência, ou não, de declaração de vontade, que está presente na escritura, e ausente na ata. Assim, não pode o tabelião recepcionar uma declaração de vontade destinada a compor um suporte

¹³ *Lei do notários e dos registradores comentada*, p. 43.

¹⁴ *Comentários à lei n° 8.935. Serviços notariais e registraes*, p. 31.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 1164.

fático abstrato,¹⁶ mediante ata notarial; a recepção de tal manifestação de vontade, que caracteriza o ato jurídico *lato sensu*, dar-se-á mediante escritura pública, através da qual o notário não somente recepcionará tal vontade como a moldará juridicamente. Na ata há a narração de um fato, que caracteriza-se pela ausência de manifestação de vontade.

A ausência de manifestação de vontade é justamente o que caracteriza o fato jurídico, que é o objeto da ata notarial. Nesse diapasão, leciona Marcos Bernardes de Melo que fato jurídico (*stricto sensu*) é aquele no qual, “na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial”,¹⁷ como por exemplo, a morte, o implemento da idade, e a avulsão.

Dizer que o conteúdo da ata notarial é um fato jurídico não exclui entretanto a possibilidade de que alguns atos humanos venham a sê-lo. Há atos humanos que, desde logo, salta-nos aos olhos a possibilidade de serem objeto de ata, como por exemplo, a narração da entrega de um objeto de uma pessoa a outra. Seria isso a quebra da regra acima estipulada? Efetivamente não. Trata-se sim de um ato-fato jurídico, isto é, de uma atividade volitiva humana, no mundo dos fatos, que ingressa no mundo jurídico como fato, posto que para o direito, nesta situação, a vontade humana é irrelevante por não integrar o suporte fático abstrato. Consoante esclarece o jurista maior Pontes de Miranda, neste caso “o ato é recebido pelo direito como fato do homem”,¹⁸ desimportando assim a vontade eventualmente presente, como ocorre, *verbi gratia*, nos atos reais, dentre os quais encontra-se a tradição de coisa móvel. No ato-fato jurídico, “o ato humano é da substância do fato jurídico, mas, não importa para a norma *se houve, ou não vontade* em praticá-lo”.¹⁹

¹⁶ Conforme leciona Marcos Bernardes de Mello, “há duas conotações a considerar quando se fala em suporte fático: a) uma que designa o enunciado lógico da norma em que se representa a hipótese fática condicionante de sua incidência; b) outra, que nomeia o próprio fato quando materializado no mundo. a) Ao suporte fático, enquanto considerado apenas como enunciado lógico da norma jurídica, se dá o nome de *suporte fático hipotético* ou *abstrato*, uma vez que existe, somente, como hipótese prevista pela norma sobre a qual, se ocorrer, dar-se-á a sua incidência. b) Ao suporte fático quando já materializado, isto é, quando o fato previsto como hipótese se concretiza no mundo fático, denomina-se *suporte fático concreto*”. (*Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 36-7)

¹⁷ *Op.cit.*, p. 109.

¹⁸ *Tratado de direito privado*, t. 2, p. 422.

¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. Cit.*, p. 112.

Dizer que o conteúdo da ata notarial é um fato jurídico quer significar em síntese que não pode haver na ata notarial a narração de vontade humana ou, em havendo, não pode a declaração de vontade estar endereçada ao tabelião e destinada a concretizar o suporte fático abstrato descrito na norma jurídica, isto é, não pode tal declaração de vontade destinar-se a celebrar, pelo instrumento público notarial, um ato jurídico;²⁰ o notário pode, entretanto, ser um mero observador daquelas vontades, não as recepcionado. Daí que é possível lavrar uma ata notarial de uma assembléia de uma pessoa jurídica, ou da celebração de um contrato verbal pois, embora trate-se de um ato jurídico, a vontade não está endereçada ao notário que, tão-somente narra o acontecido, caso em que a ata notarial, por si só, constitui-se num ato-fato jurídico. Nesse mesmo sentido, não seria possível a lavratura de ata notarial que presenciasse a celebração de um contrato de compra e venda de bem imóvel, para o qual a lei exige a escritura pública, eis que neste caso, por exigência legal, deve a manifestação de vontade das partes ser endereçada ao notário, que a receberá e a moldará juridicamente, lavrando o instrumento adequado.

Vê-se assim a importância da teoria do fato jurídico a fim de definir e delimitar o objeto da ata notarial, e poder diferenciá-lo corretamente do objeto da escritura pública, ambas espécies do gênero ato notarial.

Questão interessante é a da possibilidade ou não de lavratura de ata notarial cujo objeto narrado seja um fato ilícito.²¹ Dado o cunho eminentemente probatório

²⁰ Segundo lição de Marcos Bernardes de Mello, denomina-se “ato jurídico” (*lato sensu*) “o fato jurídico cujo suporte fático tenha como *cerne* uma exteriorização consciente de vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não-proibido e possível”. Subdivide-se o ato jurídico em **a)** ato jurídico *stricto sensu*, que é o “fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas”, e **b)** negócio jurídico, que consiste no “fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em declaração ou manifestação consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”. (*Op.cit.*, p.119-65)

²¹ Note-se que nos fatos ilícitos também a vontade é juridicamente irrelevante, isto é, não passa o fato ilícito pela qualificação da vontade do agente.

da ata notarial, e tendo-se em mente que nos fatos jurídicos a vontade humana é juridicamente irrelevante – portanto não há manifestação de vontade endereçada ao tabelião -, não vemos problema na sua realização. Embora entendamos ser possível a narração, em ata notarial, de fato ilícito,²² justamente para perpetuá-lo no tempo com fim probatório, evidentemente não será possível a lavratura da ata quando ela em si constituir um ato ilícito, como, por exemplo, quando for ela lavrada fora da circunscrição territorial do notário que a lavra.

O objeto da ata notarial, além de passar pela análise acima referida, não pode ser de atribuição específica de outro oficial público. Se o for, deve o notário abster-se de atuar, encaminhando o requerente ao oficial que tenha a atribuição legal. Desta forma, não deve o notário lavrar ata de declaração de fato que constitua crime de ação penal pública, posto que deverá a *notitia criminis* ser endereçada à autoridade policial. Se, ao contrário, tratar-se de declaração acerca de crime de ação penal privada, entendemos possível a realização da ata notarial posto que, como tem o ofendido a oportunidade e conveniência para no prazo decadencial ingressar ou não com a ação penal, pode ele pretender perpetuar no tempo o ocorrido para *a posteriori* decidir-se acerca da incoação ou não da competente ação penal.

Note-se que na ata notarial deve o tabelião limitar-se a narrar o fato por ele verificado, abstendo-se de emitir qualquer juízo de valor.

Por fim, interessante notar que em outros países onde impera o notariado do tipo latino, o objeto da ata notarial foi de maneira significativa ampliado, seja por determinação legal, seja por construção doutrinária, passando a englobar, por exemplo, a notificação de pessoas, o depósito de cousas tendo o notário como depositário, dentre outros, conforme veremos ao analisar os tipos de atas encontrados na doutrina. Em solo pátrio, todavia, diante da inexistência de autorização legal e da existência de serviços registraes com competências específicas, inexistentes em outros países, parece-nos que o objeto da ata notarial deva ser restringido à mera narração de fatos verificados pelo tabelião.

²² Segundo Pontes de Miranda, fato ilícito é o fato contrário ao direito e pelo qual surge para alguém o dever de indenizar. (*Op. Cit.*, p. 233)

3.3 Forma

A tarefa que pode, num primeiro momento, parecer fácil, revela-se tortuosa dada a ausência de parâmetros legais a seguir eis que, embora prevista a ata notarial expressamente na Lei n. 8.935/94, ou antes mesmo em alguns provimentos de Estados da federação, não há em solo pátrio uma lei nacional a versar acerca da atividade notarial, em especial aqui, acerca dos instrumentos notariais.

A primeira questão a enfrentar no que concerne à forma da ata notarial é de saber se é ela documento notarial protocolar ou extraprotocolar. Embora possa parecer questão menor, é de extrema importância visto que se for puramente protocolar, será lavrada no livro de notas e, se for puramente extraprotocolar, será lavrada sempre fora do livro de notas, em documento apartado, embora possa ser arquivada cópia no Tabelionato.

Os documentos notariais protocolares são os lavrados nos livros do notário, ou os arquivados, no original, na serventia notarial, sempre derivados da intervenção notarial. Neste sentido preciosa a lição de Carlos Nicolás Gattari de que consiste o protocolo notarial no conjunto “de fólhos habilitados y de documentos, notariales o no, autorizados o intervenidos por el oficial público, que según normas legales deben ser coleccionados para conservarlos, resguardar los derechos que registran y facilitar su reproducción”.²³ Os documentos extraprotocolares por seu turno, são os criados fora dos livros de notas, os quais se entregam no original aos interessados, podendo, entretanto, haver o arquivo de cópia no Tabelionato.²⁴

O protocolo notarial é o conjunto de escrituras e atas matrizes autorizadas pelo notário; é o conjunto de documentos matrizes, em especial, os livros de notas do tabelião. Leciona Joaquín de Prada González que o protocolo está constituído por todas as escrituras matrizes autorizadas e conservadas em uma notaria.²⁵

²³ *Op.cit.*, p. 193.

²⁴ Veja-se a este respeito NERI, Argentino I. *Op.cit.*, p. 1151, e PELOSI, Carlos A. *El documento notarial*, p. 249.

²⁵ *In* SALCEDO, José Enrique Gomá. *Op.cit.*, p. 234.

No Uruguai, por força do artigo 159, IV, do Regulamento Notarial, as atas podem ser tanto protocolares quanto extraprotocolares, recomendando-se, todavia, a protocolização. Na Espanha, as atas são protocolizadas, consoante notícia Pedro Ávila Álvares²⁶ e Natalio Pedro Etchegaray.²⁷ Na Argentina, são as atas em regra protocolizadas, havendo, entretanto, atas extraprotocolares, autorizadas expressamente na legislação.²⁸

No Estado do Rio Grande do Sul, por força do artigo 640 do Provimento nº 01/98 da Corregedoria Geral da Justiça, as atas notariais são extraprotocolares, sendo pois entregue o original para o requerente e arquivando-se cópia no Tabelionato. O conteúdo do citado artigo é o seguinte: “Cópias de atas notariais serão arquivadas em pasta especial no Tabelionato”.

Em São Paulo, uma vez que não há norma específica, e uma vez que em não havendo norma específica utilizam-se subsidiariamente as normas concernentes à escritura pública, pensamos que as atas devam ser protocolares, isto é, devem ser lavradas no livro de notas, expedindo-se cópia ao requerente.²⁹ Vale-nos aqui a lição de Carlos A. Pelosi que, ao tratar das atas extraprotocolares argentinas prescreveu a necessidade de que estivessem elas autorizadas pelo ordenamento jurídico.³⁰

Parece-nos contudo mais prudente o sistema uruguaio, a estimular a ata protocolar mas a permitir a ata extraprotocolar que, em alguns casos, mostra-se mais adequada, como por exemplo, na extração de documento via internet o que possibilitaria a lavratura da ata no verso do próprio documento, ou na situação de se querer anexar algum documento à ata, o que na ata protocolar restaria dificultado ou impossibilitado.

A ata notarial é uma espécie de instrumento público porquanto autorizada por um notário e dotada de fé pública. Instrumento notarial que é, em princípio

²⁶ *Op.cit.*, p. 127.

²⁷ *Escrituras y actas notariales.*, p. 26.

²⁸ *Vide* PELOSI, Carlos A. *Op.cit.*, p. 253-61.

²⁹ Parece-nos que o único caso de ata notarial extraprotocolar autorizada em solo paulista seria a aprovação de testamento cerrado, que é lavrada no próprio testamento, devolvido ao testador, embora lavre o tabelião em seu livro uma nota informando que aprovou o testamento cerrado.

³⁰ *Op.cit.*, p. 261.

protocolar, tal qual a escritura pública, e diante do vácuo legislativo no concernente aos requisitos da ata notarial, parece adequado afirmar que devem ser observados na ata notarial, no que couberem, os requisitos aplicáveis à escritura pública, constantes no artigo 134 do Código Civil,³¹ na Lei n. 7.433/85 e seu Decreto regulamentador n. 93.240/86, obviamente, com peculiaridades, dado o seu caráter único, as quais abordaremos abaixo.³² Valioso aqui o entendimento de Carlos Nicolás Gattari, o qual analisa, no direito argentino, situação idêntica à nossa: “al no existir en el Código Civil la distinción entre escrituras y actas hállanse éstas sujetas a los mismos requisitos formales que aquéllas, com las excepciones impuestas por la práctica y la costumbre notariales”.³³

Temos assim, que a ata notarial deverá conter primeiramente, a data e o local de sua lavratura e, ao final, a assinatura do tabelião ou de seu preposto autorizado, a teor do que dispõe o artigo 134, § 1º, *a e f*, do Código Civil.

A ata notarial, da mesma forma que a escritura, deve ser requerida ao notário, não podendo ela ser deflagrada de ofício, continuando íntegro aqui, o caráter rogatório da função notarial, segundo o qual o notário não pode agir senão quando provocado para tanto.³⁴ Assim, de acordo ainda com o artigo 134, § 1º, *f*, do Código Civil brasileiro, mister se faz conste na ata notarial a assinatura do solicitante, havendo aqui, entretanto, uma peculiaridade em relação à escritura. Uma vez requerida e iniciada a atuação notarial, se o solicitante nega-se a assinar a ata, pode o notário consignar o fato e perfectibilizar o ato, em nada afetando a ata notarial tal negativa. Uma vez que na ata notarial não há manifestação de vontade a ser confirmada pela assinatura, uma vez que não há outorga, havendo tão-somente a captação de fatos pelo notário, mediante solicitação de alguém, mesmo que quem solicitou a ata recuse-se a assiná-la, por motivos que desimporta

³¹ Por suposto, é possível imediatamente descartar a aplicação na ata notarial do § 1º, *d*, por não haver naquela manifestação de vontade, consoante vimos.

³² Outro não é o entendimento de José Enrique Gomá Salcedo, com amparo no ordenamento jurídico espanhol: “Em principio, las actas se someten a las mismas reglas que las escrituras matrices”. (*Op.cit.*, p. 166)

³³ *Op.cit.*, p. 168.

³⁴ Veja-se a este respeito a nossa obra *Teoria geral do direito notarial*, p. 133.

aventar, estará a ata perfeita eis que o notário já terá captado os fatos com força autenticante.³⁵

Leciona José Enrique Gomá Salcedo que não há necessidade de o notário realizar um juízo de capacidade do requerente da ata notarial, bastando averiguar-se acerca da capacidade natural, do interesse legítimo e da licitude da atuação notarial.³⁶ Efetivamente, parece-nos assistir razão ao citado notário espanhol, bem como nos parece aplicável a sua lição ao direito brasileiro, senão vejamos: uma vez que a ata é mera narração de fatos jurídicos verificados pelo tabelião, não havendo nela manifestação de vontade, não passa ela própria pela qualificação da vontade das partes, isto é, a vontade não é elemento relevante, da mesma forma que ocorre por exemplo nos atos ilícitos. Assim, da mesma forma que pode um incapaz praticar um ato ilícito porque a vontade não integra o suporte fático da norma jurídica, pode ele requerer a lavratura de uma ata notarial, desde que tenha ele capacidade natural³⁷ para efetuar tal requerimento e legítimo interesse. Nesse sentido, um alienado mental que não tenha noção dos atos da vida não poderia requerer a ata por lhe faltar capacidade natural.

Entretanto, afigura-se-nos possível que um menor com dezessete anos de idade, por exemplo, solicite ao tabelião a lavratura de uma ata notarial que narre o conteúdo de determinada página da rede mundial de computadores.

Embora entendamos não haver necessidade de análise da capacidade jurídica do requerente, mister se faz identificá-lo, ou constar duas testemunhas que o identifiquem,³⁸ e qualificá-lo, devendo o mesmo assinar o ato,³⁹ ou alguém a seu rogo se

³⁵ Idêntica é a opinião de José Enrique Gomá Salcedo: “Uma vez puesta en marcha la actuación del Notario, em cambio, que el requirente u otra persona quiera o no firmar lo que este há consignado es indiferente. El texto autorizado está en todo caso amparado por la fe pública y no precisa la corroboración de los interesados”. (*Op.cit.*, p. 167)

³⁶ *Op.cit.*, p. 166.

³⁷ Leciona Orlando Gomes que a incapacidade natural é a “incapacidade de entender e de querer, que não está judicialmente declarada”, e que pode coincidir ou não com os casos de incapacidade legal, arrolados no Código Civil. (*Introdução ao direito civil*, p. 171)

³⁸ Artigo 134, § 5º, do Código Civil brasileiro.

³⁹ Salvo se for caso de dispensa, conforme acima analisado.

este não souber ou não puder assinar, após a leitura, a fim de materializar o requerimento para a lavratura da ata.⁴⁰

Ao se exigir a assinatura do requerente, não se está a dizer que deve o notário narrar o fato ao sabor da vontade do requerente; pelo contrário, deverá o notário ser absolutamente imparcial na narração dos fatos, sendo fiel ao que está presenciando, abstendo-se, reiterando-se, de emitir qualquer juízo de valor, limitando-se pois a descrever o que está a captar por meio dos seus sentidos.

Outro ponto relevante no tratamento da ata notarial é o fato de não ser necessário o respeito à unidade do ato, podendo ela iniciar em um momento e terminar em outro, até mesmo em dias diferentes, devendo distinguir-se cada parte da ata como diligência distinta, consignando-se o lugar, data e hora. É o caso, por exemplo, da narrativa da abertura forçada de um cofre bancário, cujo processo pode estender-se por mais de um dia. Assevera neste tocante José Enrique Goma Salcedo, em lição aplicável no direito brasileiro, o seguinte:

As atas não “requieren unidad de acto ni de contexto, pudiendo ser extendidas em el momento del acto o después. En este caso se distinguirá cada parte del acta como diligencia diferente [...]. Todavía se observa en esta matéria una diferencia entre el acta propiamente dicha y las diligencias que frecuentemente se le añaden para hacer constar el resultado de su cumplimiento. En el acta, que abre número de protocolo, ha de consignarse ineludiblemente el hecho de la comparecencia del requirente y lo que éste manifiesta o solicita, narración de que se hace en tiempo presente, con la presencia física del requirente ante Notario, la lectura del instrumento, la firma y la autorización, todo ello sin interrupción, por imperativo de la

⁴⁰ Veja-se o artigo 134, § 1º, e e f, do Código Civil.

O Provimento nº 01/98 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em seu artigo 638, estabelece os requisitos da ata notarial naquele Estado, dentre os quais estão *o nome e a qualificação do solicitante, declaração de haver sido lida ao solicitante e assinatura do solicitante, ou de alguém a seu rogo, e, sendo o caso, das testemunhas.*

unidad de acto instrumental que, como hemos visto, rige también en las actas. En las diligencias, por el contrario, el texto puede distanciarse en el tiempo y en el espacio del suceso que recoge, aunque sigue exigiéndose la unidad de éste”.⁴¹

Oportuno ressaltar ainda que, a depender do fato que se narra na ata, pode ser necessário citar o horário da lavratura, sem o que não se obterá uma pré-constituição de prova efetiva, uma perpetuação segura no tempo daquele fato.⁴²

Note-se por fim, que o tabelião, ao lavrar uma ata notarial, deve respeitar os direitos subjetivos alheios, como, *verbi gratia*, o direito à propriedade e o direito à intimidade. Nesse diapasão, não pode o notário invadir a propriedade de alguém para lavrar uma ata notarial a pedido de outrem, sem que o proprietário consinta com isto.

3.4 Eficácia

As atas notariais não têm eficácia substantiva nem executiva, presentes nas escrituras, mas tão-somente eficácia probatória, também presente nas escrituras.⁴³ Quer-se dizer com isto que a ata notarial perpetua no tempo, com caráter probatório revestido de fé pública, os atos ou fatos descritos pelo Notário. Note-se porém, conforme adverte Pedro Ávila Álvarez, que a ata notarial não é exaustiva porquanto o ato ou fato nela consubstanciado pode ser provado por qualquer outro meio de prova admitido em direito.⁴⁴

⁴¹ *Op.cit.*, p. 167-8. O mesmo autor explica que, embora aplique-se às atas a unidade instrumental do ato, que consiste na unidade do fato apreendido em cada texto, não há nas atas, ao contrário das escrituras, a aplicação da unidade do ato propriamente dita, por não tratar-se de negócio jurídico, nem tampouco há aplicação da unidade de contexto, porque nas atas não se redige manifestações de vontade captadas, mas sim, narra fatos averiguados.

⁴² No Estado do Rio Grande do Sul, por força do artigo 638, *a*, do Provimento 01/98 da Corregedoria Geral da Justiça, a hora da lavratura é requisito obrigatório da ata notarial.

⁴³ ÁLVAREZ, Pedro Ávila. *Op.cit.*, p. 127.

⁴⁴ *Op.cit.*, p. 127.

Tem a ata notarial o condão de preconstituir prova dotada de fé pública, isto é, os fatos que notário declarar que ocorreram em sua presença presumem-se verdadeiros, tornam-se críveis, até que se prove o contrário. Por isso diz-se que a ata notarial tem a característica de perpetuar o fato no tempo, com força de fé pública.

Tal eficácia probatória da ata notarial tem ancoradouro positivo no artigo 364 do Código de Processo Civil brasileiro, que reza, reitere-se, que o “documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”.

3.5 Diferença entre ata notarial e escritura pública

Segundo José Enrique Goma Salcedo, a principal classificação dos instrumentos públicos notariais é a que distingue entre escrituras públicas e atas.⁴⁵ Tal classificação releva ao notário porquanto, dependendo do resultado da classificação, diferente será a sua postura e diferentes serão os requisitos do ato a ser lavrado.

O principal elemento de distinção entre as escrituras públicas e as atas notariais consiste na existência ou não de manifestação de vontade a ser captada e moldada juridicamente pelo notário. Na escritura, o tabelião recebe a manifestação de vontade das partes, voltadas para a concreção do suporte fático de um ato jurídico *lato sensu*, e a qualifica juridicamente, assessorando juridicamente as partes; na ata, não há manifestação de vontade, mas tão-somente a narração de um fato presenciado e apreendido pelos sentidos, sem qualificação jurídica do fato, sem moldá-lo juridicamente, sem juízo de valor.

Nesta linha, adverte Natalio Pedro Etchegaray que a escritura “contiene una declaración de voluntad; [...] El notario acomoda la voluntad y actividad de las partes al fondo del negocio. Es compleja [...]; el notario tiene el deber legal de redactar de acuerdo a la ley de fondo, a la forma, a la voluntad de las partes, a las disposiciones registrales [...]. El negocio que contiene la escritura, con el consentimiento dado por las

⁴⁵ *Op.cit.*, p. 48.

partes a la lectura hecha por el escribano, queda asumido en paternidad por éstas, aunque se trate de un negocio que reconozca antecedentes fuera de la escritura”.

E continua o citado autor: “En cambio, en las actas hay un mero hecho: el notario sólo tiene actividad de ver y oír; no entra al fondo del asunto, lo adapta al derecho solamente en la forma; narra el hecho y lo deja como es, no lo manipula ni lo altera; es copia natural”.⁴⁶

Temos assim, que na escritura há uma atuação notarial mais completa, decorrente da evolução da função notarial, que mais se coaduna com as exigências sociais e jurídicas atuais, segundo a qual o notário atua como jurista assessor imparcial das partes, além de externar seu mister autenticante. Na ata notarial, por seu turno, há mera atividade autenticante do tabelião. “Em las actas el Notario es puro fedatario, se limita a dar fe de lo que percibe por sus sentidos”.⁴⁷

A escritura busca criar, modificar ou extinguir direitos; a ata se caracteriza por seu aspecto conservatório.⁴⁸ Daí assistir razão a Nuñez Lagos ao asseverar que nas escrituras o notário redige e nas atas narra.⁴⁹

Nas escrituras, há necessariamente um juízo de capacidade, posto que há manifestação de vontade das partes, dirigidas à confecção de um ato jurídico *lato sensu*, ao passo que, nas atas, como vimos, não há essa análise da capacidade de direito, bastando haver capacidade natural e legítimo interesse.

Na escritura pública, a assinatura das partes significa outorga, o que não ocorre nas atas. A outorga, segundo José Enrique Goma Salcedo, é o consentimento das partes ao texto redigido pelo notário, que o fazem seu,⁵⁰ materializado pela assinatura. Desta forma, quando as partes assinam a escritura, estão manifestando conformidade com a redação feita pelo tabelião e estão igualmente assumindo a autoria das declarações de

⁴⁶ *Op.cit.*, p. 29.

⁴⁷ SALCEDO, José Enrique Gomá. *Op.cit.*, p. 166.

⁴⁸ GATTARI, Carlos Nicolás. *Op.cit.*, p. 172.

⁴⁹ *In* SALCEDO, José Enrique Gomá. *Op.cit.*, p. 165.

⁵⁰ *Op.cit.*, p. 149.

vontade constantes no corpo do ato. Já nas atas notariais, quando o requerente assina, está meramente manifestando conformidade ao texto narrado pelo tabelião, sem contudo assumir autoria de declaração alguma; está em tal caso, apenas materializando o requerimento dirigido ao notário para que lavrasse a ata notarial.

As escrituras são sempre protocolares, são aliás, atos notariais protocolares por excelência; as atas podem ser tanto protocolares como extraprotocolares.

Como se vê, são claras as distinções entre a escritura pública e a ata notarial, não sendo lícito confundi-las. Entretanto, se uma ata não pode nunca ser uma escritura, uma escritura sempre tem algo de ata, isto é, em uma escritura sempre há narração por parte do tabelião de fatos por ele presenciados porém, há um *plus* que é a manifestação de vontade das partes.

3.6 Espécies de ata notarial

Pouco se tem discutido o assunto no Brasil. Todavia nos demais países de notariado do tipo latino há uma riqueza enorme no que concerne às espécies de ata notarial e que implicam numa ampliação do seu objeto. No direito notarial pátrio, todavia, não têm cabimento, em nosso entender, algumas das espécies utilizadas em outros ordenamentos jurídicos devido, ora à falta de autorização legal para tanto, ora devido à existência de outras autoridades com atribuição específica para o ato.

Vejamos pois quais as espécies de ata encontradas na doutrina alienígena, tecendo, na medida do possível, uma breve análise acerca da possibilidade de sua utilização no direito brasileiro.

3.6.1 *Atas de protocolização* – Existentes no direito uruguaio, argentino e espanhol, por exemplo.

A protocolização, ou seja, a incorporação de um documento ao protocolo notarial, pode se dar de maneira incidental, através de uma escritura ou ata

lavrada e que persiga outro fim, ou pode dar-se de maneira direta, através de instrumento cujo fim único perseguido é a própria protocolização de algum documento, o que é conseguido mediante uma ata de protocolização.⁵¹

Consiste assim, a ata de protocolização, segundo José Enrique Goma Salcedo, no instrumento notarial que tem como única finalidade incorporar ou unir à ata propriamente dita um documento que resulta protocolizado com ela. O notário fará um exame do documento a ser protocolizado e o descreverá, declarando que o documento fica unido à ata e incorporado ao protocolo, devendo constar na ata a declaração de vontade do requerente solicitando a protolização.

Podem ser protocolizados documentos estrangeiros, públicos e particulares, cujos efeitos serão o de conservar o documento e autenticar sua existência, conteúdo e data, sem alterar sua natureza.⁵²

Tais atas não têm aplicação no nosso direito. Primeiro, porque contém elas declaração de vontade do requerente para que haja a protocolização, o que foge ao âmbito de atuação das atas e requer portanto autorização legislativa específica, que existe nos países que utilizam este tipo de ata. Segundo, porque no Brasil há o Registro de Títulos e Documentos, inexistente naqueles países, que tem atribuição específica para o objeto e efeitos levados a cabo pela ata de protocolização, conforme dispõem os artigos 127 e 129 da Lei de Registros Públicos, o que inviabilizaria, em nosso entender, que se a utilizasse em nosso país.

3.6.2 Atas de depósito – São as atas pelas quais os notários recebem em depósito coisas, documentos ou valores.

Na medida que o depósito é um contrato, pelo qual acordam as partes que o depositário receberá uma coisa móvel para guardar até que o depositante a reclame, consoante depreende-se do artigo 1265 do Código Civil brasileiro, temos que a ata de depósito foge do âmbito normal de atuação da ata notarial eis que materializa um contrato, o qual compõe-se de manifestações bilaterais de vontade.

⁵¹ Ver por todos, Alvarez, Pedro Ávila. *Op.cit.*, p. 129.

⁵² SALCEDO, José Enrique Gomá. *Op.cit.*, p. 168-9.

Mesmo na Espanha, onde há previsão legal para tal ata, sendo por este motivo aceita, manifesta a doutrina certa perplexidade frente a possibilidade de um contrato celebrar-se mediante ata notarial, conforme alerta José Enrique Goma Salcedo: “La doctrina se extraña de que un negocio jurídico, como es el contrato de depósito, se documente mediante acta. Sin embargo, el Reglamento contempla la variedad especial de acta que constituye la de depósito ante Notario”.⁵³

Tais atas não têm igualmente aplicação em nosso direito.

É que a possibilidade de o notário receber coisas móveis em depósito foge completamente do objeto de atuação notarial típica, que é receptora de vontades e não de coisas. Ademais, não poderia no direito pátrio, em nosso entender, ser o próprio tabelião depositário em um contrato de depósito por ele próprio lavrado, por força do disposto no artigo 27 da Lei nº 8.935/94.⁵⁴ Gize-se também que, embora seja possível ao notário instrumentalizar um contrato de depósito em que não seja parte, deverá fazê-lo por escritura pública, uma vez que há manifestações de vontade a serem recebidas e lapidadas juridicamente.

Nos países que admitem a ata de depósito há previsão legal específica, na qual está embasada a sua possibilidade, previsão legal essa que inexiste em nosso direito, razão pela qual valem para nós os argumentos do parágrafo anterior, não sendo possível portanto a lavratura de ata de depósito.

3.6.3 *Atas de presença* – São as atas notarias típicas. São as atas através das quais o notário narra um fato por ele presenciado, sem influir no desenvolvimento do fato.

São estas as atas que todo notário está apto a lavrar por decorrência do seu poder geral de autenticar fatos; é a ata notarial típica, cujo objeto é o real objeto de ata

⁵³ *Op.cit.*, p. 173.

⁵⁴ “Art. 27. No serviço de que é titular, o notário e o registrador não poderão praticar, pessoalmente, qualquer ato de seu interesse, ou de interesse de seu cônjuge ou de parentes, na linha reta, ou na colateral, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau”.

notarial, sem ampliações legais. Em relação a esta espécie, vale tudo o que acima foi dito quanto a conceito, objeto e forma das atas notariais.

Esta é tão-somente a ata notarial a que o notariado brasileiro está habilitado a lavrar pois que esta é a ata notarial compreendida na autorização genérica contida no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 8.935/94; para as demais espécies há necessidade de autorização específica e não colisão com atribuição específica de outro oficial público.

Nesse diapasão, pode a ata notarial ser utilizada para, por exemplo, atestar a presença de certas pessoas em determinados lugares, comprovar o conteúdo de determinado site da internet, comprovar o estado de imóveis na entrega das chaves numa locação, comprovar a entrega de dinheiro ou outras coisas, certificar a existência de uma pessoa após a sua identificação,⁵⁵ comprovar a remessa de objetos pelo correio ou por outra forma, comprovar a existência de documentos ou coisas em poder de alguém, etc.

3.6.4 *Atas de notificação* – São atas nas quais o notário notifica uma pessoa, a requerimento de outrem, para que faça ou se abstenha de fazer algo, podendo o notificado contestar.

É o instrumento notarial adequado à necessidade de uma pessoa em constituir prova autêntica de ter dado conhecimento a outrem acerca de determinada informação ou notícia ou de uma decisão própria ou alheia, ou de haver a ela requerido ou intimado para que adote uma determinada atitude, positiva ou negativa.⁵⁶

Não tem igualmente aplicação entre nós. A uma, por falta de autorização legislativa específica, existente nos países onde ela é utilizada. A duas, por haver no direito pátrio atribuição específica para o Registro de Títulos e Documentos no que concerne à notificação extrajudicial, conforme dispõe o artigo 160, da Lei nº 6.015/73.

3.6.5 *Atas de notoriedade* – Conforme leciona Pedro Ávila Alvarez, consistem estas atas na comprovação e fixação de fatos notórios; na investigação notarial

⁵⁵ É o que os notarialistas alienígenas chamam de *fê de vida*.

⁵⁶ ÁLVAREZ, Pedro Ávila. *Op.cit.*, p. 137.

da notoriedade dos fatos e a constatação do resultado dessa investigação, bem como na declaração e reconhecimento de direitos e a legitimação de situações fundadas no fato cuja notoriedade se comprova.⁵⁷

As atas de notoriedade reclamam uma investigação notarial acerca da notoriedade do fato, produzindo-se as provas que o notário entenderem necessárias.⁵⁸ A análise das provas e diligências efetuadas serão consignadas na ata, externando o notário que estima justificada, ou não, a notoriedade do fato pretendida, bem como, se for o caso, declarará os direitos decorrentes da mesma.

Surgiu, especialmente na doutrina espanhola, uma forte discussão acerca do conceito e da natureza jurídica desta espécie de ata, bem como acerca do conceito e da natureza jurídica do fato notório, para fins de direito notarial.

A teoria conduzida pelos autores chamados clássicos, professa que é a ata de notoriedade o instrumento hábil a provar a existência de um fato notório, entendido este como aquele que é conhecido pela generalidade das pessoas de uma localidade.⁵⁹

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 143.

⁵⁸ O regulamento notarial espanhol, em seu artigo 209, parágrafos segundo, terceiro e quarto, contém os seguintes preceitos, a respeito da ata de notoriedade:

“**Art. 209.** [...] Segundo. El Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente, Y deberá hacer requerimientos y notificaciones personales o por edictos cuando el requirente lo pida o él lo juzgue necesario [...].

Tercero. Constarán necesariamente en las actas de notoriedad todas las pruebas practicadas y requerimientos hechos con sus contestaciones; los justificantes de citaciones e llamamientos; la indicación de las reclamaciones presentadas por cualquier interesado, y la reserva de los derechos correspondientes al mismo ante los Tribunales de Justicia.

Quarto. El Notario, si del examen y calificación de las pruebas y del resultado de las diligencias estimare justificada la notoriedad pretendida, lo expresará así, con lo cual quedará conclusa el acta.

Cuando además de comprobar la notoriedad se pretenda el reconocimiento de derechos o la legitimación de situaciones personales o patrimoniales, se pedirá así en el requerimiento inicial, y el Notario emitirá juicio sobre los mismos, declarándolos formalmente, si resultarem evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso”.

⁵⁹ SALCEDO, José Enrique Gomá. *Op.cit.*, p. 193.

Uma segunda corrente defende que os fatos notórios, exatamente por sê-los, não necessitam de prova alguma; se são notórios, dispensam prova. Para os defensores desta idéia as atas de notoriedade têm por objeto fatos não notórios, que adquirem notoriedade justamente diante da intervenção notarial; os fatos não são notórios, mas, adquirem notoriedade diante da declaração notarial, à vista das provas pertinentes realizadas.⁶⁰

Uma terceira corrente, por fim, propugna no sentido de que a notoriedade atestada pela ata notarial não é a notoriedade do direito processual, uma vez que esta corresponde a fatos universalmente conhecidos em um âmbito determinado, ao passo que aquela é uma notoriedade relativa, referindo-se a fatos tidos como certos por todos ou pela maioria das pessoas pertencentes a determinado círculo, ainda que tal fato seja desconhecido dos estranhos ao círculo. Assim, o objeto da ata de notoriedade não é o fato notório, mas sim, a notoriedade do fato; a declaração do tabelião não versa sobre a existência ou não do fato, mas sobre a realidade de que o fato é tido como certo em um determinado círculo de relações sociais.⁶¹

Parece-nos assistir razão à terceira corrente e, neste sentido, a presente espécie de ata notarial afigura-se-nos como perfeitamente viável em nosso sistema jurídico. Na medida em que o notário apenas constata que determinado fato é tido como verdadeiro em determinado círculo social, temos aí uma espécie de ata de presença. O tabelião nada mais faz do que captar por seus sentidos tal realidade, e transportá-la para o documento adequado, o que é perfeitamente possível em nosso direito, sem evidentemente, haver um “processo de produção de provas”, a teor do que institui a lei espanhola.

Tal ata, em nosso país, poderia muito bem ser utilizada para, por exemplo, averiguar que determinada pessoa, em determinado local, é conhecida por certo apelido,⁶² averiguar a posse de um estado, averiguar o exercício habitual de uma atividade, a existência de filhos, constatar a insolvência de determinada pessoa, constatar a convivência de duas pessoas, na união estável, etc.

⁶⁰ SALCEDO, José Enrique Goma. *Op.cit.*, p. 193-4.

⁶¹ SALCEDO, José Enrique Goma. *Op.cit.*, p. 194.

⁶² Ou alcunha, numa designação juridicamente mais precisa.

3.6.6 *Atas de subsanação* – São as atas através das quais o notário, a requerimento da partes ou de ofício, sana erro material ou omissão contida em instrumento público notarial.

Consoante leciona Argentino I. Néri, a ata de subsanação tem por fim a reparação de um ato jurídico notarial no qual, *a posteriori* de sua subscrição, detectou-se uma informalidade legal, seja por omissão, seja por erro material.⁶³

Na Espanha, tal espécie de ata notarial é aceita diante da previsão contida no artigo 153 do Regulamento Notarial, cujo conteúdo é o seguinte:

“Los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales intervivos podrán ser subsanados, por el Notario autorizante, su substituto o sucesor em el protocolo, por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiera originado o sufrido. Solo el Notario autorizante podrá subsanar la falta de expresión en el documento de sus juicios de identidad o de capacidad o de otros aspectos de su propia actividad en la autorización.

“Para realizar la subsanación se atenderá al contexto del documento autorizado y a los inmediatamente anteriores y siguientes, a las escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento defectuoso. El Notario autorizante podrá tener en cuenta, además, los juicios por él formulados y los hechos por él percibidos en el acto del otorgamiento.

“La subsanación podrá hacerse por diligencia en la propia escritura matriz o por medio de **acta notarial**” (negrito nosso) “en las que se hará constar el error, la omisión, o el defecto de forma, su causa y la declaración que lo subsane [...]”.

⁶³ *Op.cit.*, p. 1211.

Vê-se, pois, que na Espanha há autorização legislativa expressa para a correção de erros materiais, omissões ou defeitos de forma, que efetivar-se-á mediante anotação na própria escritura defeituosa ou mediante uma ata notarial de subsanação.

Tal correção pode realizar-se mediante provocação das partes, mas, também de ofício pelo notário, todavia, conforme adverte Pedro Ávila Alvarez, o notário não pode atuar arbitrariamente senão que deve apoiar-se em documentos ou fatos que demonstrem o defeito, erro ou omissão. Quando não houver amparo documental para comprovar o erro ou, quando se tratar de erro que altere elementos essenciais do negócio ou que dependa de declaração das partes, não poderá adotar-se tal solução, sendo necessário em tal caso, no direito espanhol, uma escritura de retificação ou resolução judicial.⁶⁴

Na Argentina, embora a doutrina cite a ata notarial de subsanação como uma das espécies existentes de ata, concluem negando a existência de tal ata no seu ordenamento jurídico, diante da inexistência de previsão legislativa expressa. Neste sentido assevera Argentino I. Néri que a “legislación argentina no admite esta clase de acta”, complementando, diante da legislação então vigente, com a assertiva de haver necessidade sempre de uma escritura de retificação.⁶⁵

Embora a legislação Argentina não permitisse a retificação de erro material por ato privativo do notário, exigindo sempre a escritura de retificação, tal situação mudou, conforme noticia Natalio Pedro Etcheagaray,⁶⁶ com a Lei nº 9020 da província de Buenos Aires, que em seu artigo 148 dispõe que “En la parte libre que quede em el último folio de cada escritura o acta, después de la suscripción y a falta o insuficiencia de este espacio, em los márgenes de cada folio, mediante notas que autorizará el notario con media firma, se atestará: [...] De oficio o a instancia de parte, para subsanación de errores materiales u omisiones producidas em el texto de los documentos autorizados”.

Após a citada lei, passou a ser possível no ordenamento jurídico argentino a correção de erros materiais, cometidos em escrituras ou atas notariais, de ofício ou a requerimento das partes, mediante a aposição de notas marginais na própria escritura

⁶⁴ *Op.cit.*, p. 168-9.

⁶⁵ *Op.cit.*, p. 1212.

⁶⁶ *Op.cit.*, p. 243.

ou ata. Não podem ser objeto de notas marginais de subsanação erros que afetem os elementos essenciais do negócio jurídico nem aqueles cuja correção dependa de declaração das partes.

No direito português, há a possibilidade de retificação de erros materiais por averbação no livro notarial, consoante preceitua o artigo 132 do Código do Notariado daquele país: “ 1 - As omissões e inexactidões verificadas em actos lavrados nos livros de notas, devidas a erro comprovado documentalmente, podem ser supridas ou rectificadas, a todo o tempo, por meio de averbamento, desde que da rectificação não resultem dúvidas sobre o objecto a que o acto se reporta ou sobre a identidade dos intervenientes [...]”. Segue o artigo arrolando os casos de inexatidões ou omissões em que é permitido o averbamento.

Feito esse passeio às soluções alienígenas, cumpre perquirir se o direito brasileiro contempla a ata de subsanação e, para nós, a resposta é negativa.

A questão pode ser posta ainda de outra forma. Pode o notário brasileiro sanar um erro material que tenha cometido em uma escritura pública, sem que isto se efetive mediante uma escritura de retificação, com o comparecimento de todos os participantes do ato a ser retificado? Em caso positivo, é a ata notarial o instrumento adequado?

Erro material é aquele que não prejudica o ato praticado em seus elementos essenciais, nem altera a vontade das partes, e pode ser facilmente constatado documentalmente. Para Ermínio Amarildo Darold, erros materiais são “aqueles decorrentes de equívoco no lançamento ou transcrição dos dados, tais como o nome de qualquer dos figurantes, sua identificação pessoal [...], a condição de cada um no registro”.⁶⁷ Deve sempre ser provado documentalmente.

A função notarial é regida por uma série de princípios, dentre os quais, encontra-se o *rogatório*, a informar que o notário não pode agir de ofício; para agir deve ser provocado pela parte interessada; somente depois do pedido da parte interessada é que poderá o tabelião agir, dando cumprimento àquela vontade.

⁶⁷ *Protesto cambial*, p. 95.

Porém, uma vez provocado, tem o notário o dever de prestar sua função, e prestá-la bem, no cumprimento correto da vontade das partes, podendo somente escusar-se caso tal vontade seja contrária ao direito ou se houver algum impedimento.

Parece-nos pois, que, por força do princípio rogatório da função notarial, tem o tabelião o dever de prestar seu mister no estrito cumprimento da vontade manifestada pelas partes, e de maneira correta, e, parece-nos, mais, que por força de uma interpretação ampla do mesmo princípio, tem ele o direito de corrigir os erros materiais que porventura cometa, provados documentalmente, sem a participação nem a oneração das partes, uma vez que o erro em nada altera o negócio jurídico nem tampouco a vontade das partes, e uma vez que tem o notário o dever de corretamente dar vazão formal à vontade das partes.

Note-se que o princípio rogatório é ínsito à função notarial e indiscutivelmente aceito como um dos princípios que a regem, decorrendo tacitamente do próprio ordenamento jurídico notarial e, assim sendo, é uma norma a ser interpretada e tendo eficácia jurídica, ainda que não haja positividade expressa a respeito.

No que concerne à eficácia dos princípios como normas superiores do sistema, preciosa lição oferece Norberto Bobbio: “Os princípios gerais são [...] normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. [...] Ao lado dos princípios gerais expressos há os não-expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração [...] são [...] aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema”.⁶⁸

Claus – Wilhelm Canaris, sucessor na cátedra de Karl Larenz em Munique, identificando como as principais características do conceito de sistema jurídico a adequação valorativa e a unidade interior, conceitua o sistema do Direito como a “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais”.⁶⁹

O princípio “é uma norma; mas é mais do que uma norma, uma diretriz, um norte do sistema, é um rumo apontado para ser seguido por todo o sistema.

⁶⁸ *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 158-9.

⁶⁹ *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 280.

Rege toda a interpretação do sistema e a ele se deve curvar o intérprete, sempre que se vai debruçar sobre os preceitos contidos no sistema”.⁷⁰

Sendo o caráter rogatório da função notarial um dos princípios que regem a atividade tabelioa, aplica-se-o como elemento de hermenêutica das normas regradoras da atividade notarial, bem como, como elemento integrador de eventuais lacunas legislativas, de maneira que autoriza tal princípio, em nosso entender, mesmo diante da inexistência de autorização legislativa expressa, a retificação de erro material por ato privativo do tabelião. Na solicitação para a lavratura do ato notarial, está implícito por força do citado princípio, o pedido para que seja o ato notarial corretamente lavrado, decorrendo daí, a possibilidade de o erro ser corrigido de ofício.

Porém, ainda que não se conceda tamanha amplitude ao princípio rogatório, parece-nos haver elementos positivados no ordenamento a autorizar tal atitude do notário. Vejamos.

A Lei nº 9.492/97, em seu artigo 25, autoriza o tabelião de protestos a averbar, de ofício ou a requerimento do interessado, a retificação de erros materiais por ele ou seus prepostos cometidos, sendo para tanto indispensável a apresentação do instrumento expedido bem como da documentação que comprove o erro.

A Lei nº 6.015/73, em seu artigo 213, § 1º, permite ao Oficial do Registro de Imóveis que proceda à retificação de erro evidente, o que deverá fazer com a devida cautela. No concernente ao que seja erro evidente, preciosa a lição de Narciso Orlandi Neto:

“Procure-se definir o erro evidente não como aquele que prescinde de prova, porque sempre haverá necessidade de exibição de um documento, de exame de um processo, de releitura do título. Melhor será entendê-lo como a imperfeição do registro que, com certeza, é irrelevante para o direito de quem quer que seja, salvo o interessado. E é irrelevante porque incapaz de causar prejuízo.

⁷⁰ Geraldo Ataliba, citando Agostinho Gordilho. In PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 13.

“Ao contrário do que diz o nome, o erro evidente nem sempre se vislumbra à simples leitura do registro. Ele deve ser demonstrado com a comparação do assento com a realidade, exibida num documento particular, num título público, numa certidão”.⁷¹

Dados os permissivos para que o Tabelião de Protestos e o Oficial de Registro de Imóveis retifiquem o *erro material* e o *erro evidente*, é possível buscar a aplicação analógica de tais preceitos ao Tabelião de Notas, diante da lacuna legislativa. Na medida em que os fundamentos que autorizam a retificação nos casos previstos na lei são os mesmos que autorizariam a retificação pelo tabelião de notas, e na medida em que a atividade notarial e registral possuem sérias afinidades jurídicas, e que a atividade de protestos é notarial, moldando inclusive declarações de vontades, justificada parece a aplicação do instituto da analogia no presente caso.

A analogia, segundo Carlos Maximiliano, “consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante”, e se baseia “na presunção de que duas coisas que têm entre si um certo número de pontos de semelhança possam conseqüentemente assemelhar-se quanto a um outro mais”. E arremata o citado autor:

“Pressupõe: 1º) uma hipótese não *prevista*, senão se trataria apenas de *interpretação extensiva*; 2º) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; 3º) este elemento não pode ser qualquer, e, sim, *essencial, fundamental*, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo. Não bastam afinidades aparentes, semelhança *formal* [...]. A hipótese nova e a que se compara com ela, precisam assemelhar-se na essência e nos efeitos; é mister existir em ambas a mesma razão de decidir”.⁷²

⁷¹ *Retificação do registro de imóveis*, p. 125.

⁷² *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 206-12.

Vê-se assim, ser perfeitamente possível no presente caso, a aplicação analógica daqueles dispositivos legais, permitindo portanto, positivamente, sem recorrer a princípios, a retificação de erro material pelo tabelião de notas.

Uma vez constatada a possibilidade da retificação do erro material pelo notário mediante ato por ele somente firmado, cumpre analisar que ato é este.

Não se aplica no direito brasileiro a ata de subsanação, em nosso entender, em virtude da ausência de autorização legislativa para tanto. A autorização para a confecção de ata notarial prevista na Lei nº 8.935/94 é a de ata notarial em sua versão *standard*, isto é, da ata notarial padrão, que é aquela na qual o notário capta determinada situação por seus sentidos e narra em documento o que captou. Na ata de subsanação o notário além de constatar uma omissão ou um erro, age, atua, retificando o erro ou sanando a omissão. Trata-se, pois, de ampliação do objeto da ata notarial, que só pode efetivar-se mediante autorização legislativa. Não há que se falar aqui em aplicação analógica, por inexistir tal instituto em outra esfera do direito brasileiro, e nem em interpretação extensiva, por ser instituto com objeto definido. Aliás, nos países em que há a aplicação da ata de subsanação, há sempre autorização expressa, por ser aplicação anômala à ata notarial. Na Argentina, onde o objeto da ata notarial é muito mais rico do que no Brasil, sustenta a doutrina, como vimos, a não-aplicação da ata notarial de subsanação por não haver previsão legislativa expressa.

O ato notarial apto a retificar erro material cometido em escrituras, é ato retificatório cuja designação cabe ao notário estabelecer. Não é o nome que estabelece o ato jurídico, mas, sim, o seu conteúdo. Por isso, ainda que se designar tal ato de ata notarial, ata não será, mas sim, um ato retificatório.

No Estado do Rio Grande do Sul, tal ato chama-se *ato aditivo*, por força do artigo 705 do Provimento nº 01/98 da Corregedoria Geral da Justiça, cujo conteúdo é o seguinte: “Mediante ato aditivo, só por ele subscrito, e se na forma e substância não for alterada a vontade das partes, o Tabelião poderá suprir omissões e corrigir enganos ou erros de grafia cometidos em escritura pública, anotando, à margem desta, a ocorrência e sua causa”.

No Estado de Minas Gerais, o ato em análise chama-se *aditamento*, conforme dispõe o § 4º, do artigo 30, do Provimento nº 54/78 do Conselho Superior da Magistratura: “Mediante aditamento lavrado em livro de notas e subscrito pelo Tabelião, poderá ele suprir omissões e corrigir enganos ou erros de grafia cometidos em escritura pública, anotando à margem desta a circunstância, se em nada for alterada a vontade das partes”.

No Estado de São Paulo, diante da inexistência de previsão em Provimento, ainda assim é possível a lavratura de ato retificatório, somente subscrito pelo notário, com o intuito de sanar omissões e retificar erros, desde que em nada alterem a vontade das partes, com fundamento no acima exposto. Cabe ao notário dar a designação que lhe pareça a mais pertinente, sendo conveniente a sua remissão no ato retificado.

Note-se que, se não existisse tal ato retificatório, necessitaria o notário valer-se da escritura de retificação, com o comparecimento das partes participantes da escritura retificada, em uma atuação alheia ao verdadeiro objeto da escritura de retificação. O ato de retificação de um ato jurídico, ainda que instrumentalizado pela forma pública, com a participação dos contratantes, serve para alterar a vontade dos próprios contratantes, sem evidentemente desnaturar o próprio ato jurídico através da mudança de seus elementos essenciais, porém, não é o instrumento apto por natureza a corrigir erros materiais cometidos pelo agente público que autoriza tal ato jurídico.

Note-se por fim, que a ata notarial (não a de subsanação) pode ser utilizada para captar e narrar a constatação de um erro evidente cometido em escritura, com o intuito de auxiliar a atividade de retificação do erro no Registro de Imóveis, porém, tal ata não retificará a escritura equivocada, o que somente acontecerá com o ato retificatório.

4. CONCLUSÕES

Vimos que um assunto que pode parecer ser extremamente simples, quando mais profundamente analisado mostra-se como instituto de extrema complexidade jurídica, que reclama um estudo sério e científico.

No Brasil, em que pese a importância do tema, não tem ele merecido a atenção devida, ao contrário do que ocorre em inúmeros outros países com tradição notarial, como a Espanha por exemplo, nos quais há farta discussão jurídica a respeito do tema, fornecendo-nos obras belíssimas sobre o tema.

Há no direito alienígena, via de regra, uma ampliação legislativa do objeto da ata notarial, sendo ela utilizada como solução para inúmeras situações, o que não ocorre no Brasil, como vimos, ora por não haver tal ampliação legislativa do objeto da ata, sendo pois a nossa ata meramente a ata de presença, ora por haver atribuição específica a outro oficial público.

Reclama enfim a ata notarial brasileira um estudo cada vez maior eis que estamos ainda na fase embrionária do instituto e ensaiando sua teoria jurídica. Diante do vácuo legislativo, e dadas as peculiaridades da ata notarial diante da escritura pública, parece-nos conveniente a regulamentação administrativa pelo Poder Judiciário de cada Estado, a fim de suprir a ausência de lei federal regulamentando os atos notariais, em especial aqui, a ata notarial.

5. BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ, Pedro Ávila. *Derecho notarial*. Madrid: Bosch, 1990. 237 p.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7.ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. 184 p.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 197 p.

BUCO, Maria Isabel Rito. *Notariado*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. 378 p.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2.ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. 311 p.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada*. São Paulo: Saraiva, 1996. 234 p.
- CHAIÑE, Louis. La autenticidad y el notariado. *Revista Internacional Del Notariado*, ano XXXIII, n. 79, p. 75-83, 1983.
- DAROLD, Ermínio Amarildo. *Protesto cambial*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1999. 213 p.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 556 p.
- ETCHEGARAY, Natalio Pedro. *Escrituras y actas notariales*. Buenos Aires: Astrea, 1997. 299 p.
- FRAGUAS, Ramón. El valor social de la institucion notarial en nuestros dias. *Revista Internacional del Notariado*, Buenos Aires, año XXXI, n. 77, p. 201-14, 1981.
- GATTARI, Carlos Nicolas. *Manual de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1997. 450 p.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 562 p.
- IBARZÁBAL, Martha Cano, MERCANT, Maria Inês Sapriza de. *Ley orgánica y reglamento notarial*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1997. 198 p.
- MANICA, Sérgio Afonso. *Ata notarial*. Porto Alegre: Edição do ator, [s.d.]. 18 p.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 426 p.
- MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 247 p.
- NERI, Argentino I. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1980. v. 3. 1213 p.

- ORLANDI NETO, Narciso. *Retificação do registro de imóveis*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. 294 p.
- PELOSI, Carlos A. *El documento notarial*. Buenos Aires: Astrea, 1992. 349 p.
- PEREIRA, Antonio Albergaria. *Comentários á lei n° 8.935. Serviços notariais e registraes*. Bauru: Edipro, 1995. 167 p.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. 2. 679 p.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. 308 p.
- SALCEDO, José Enrique Gomá. *Derecho notarial*. Madrid: Dikinson, 1992.
- SANZ, Don Antonio Pérez. El notario y la sociedad. *Revista Internacional Del Notariado*, ano XLII, n. 87, p. 173-200, 1991.
- SARASOLA, Jose Madrdejios *et al.* Características del Notariado en el Mundo de Hoy. *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, v. XXXI, n. 124, p. 79-197, abr./jun. 1984.
- SILVA, João Teodoro da. *Apontamentos de direito e prática notarial*. Belo Horizonte: Sérjus, 1999. Caderno 1. 44 p.
- VALLE, Germán Fabra. *Codigo de legislacion notarial*. Madrid: Neo Ediciones, 1990. 363 p.