

Rosana Millen Zappa

O REGIME JURÍDICO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de mestre em Direito
do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Doutor Romeu Felipe Bacellar
Filho.

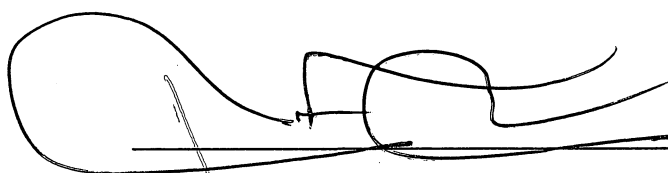
CURITIBA

2000

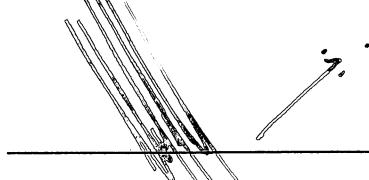
O REGIME JURÍDICO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito, no Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

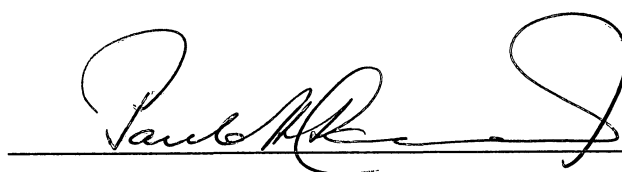
Orientador:



Prof. Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Doutor Clémerson Merlin Cléve
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Doutor Paulo Blasi
Setor de Ciências Jurídicas, UFSC.

Curitiba, 15 de fevereiro de 2007.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Sydney e Maria José, pela abnegação e devotamento absolutos no desenvolvimento intelectual e moral de seus filhos.

Aos meus irmãos Sydney, Ronald e Alexandre, pela amizade carinhosa e constante estímulo.

Ao Pedro Augusto, ao Leonardo, ao João Victor e ao Antonio, pela alegria que trouxeram para a minha existência.

AGRADECIMENTOS

Aos professores Paulo Blasi, Romeu Felipe Bacellar Filho e Clèmerson Merlin Clève que tornaram possível a apresentação deste trabalho.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para esta realização.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	01
2.	AS ATIVIDADES NOTARIAL E DE REGISTRO - Conceitos.....	03
3.	ORIGEM HISTÓRICA DO NOTARIADO.....	05
3.1.	Os três tipos de documentos que exerceram influência na história.....	07
3.2.	A sociedade egípcia.....	08
3.3.	O Código de Hammurabi.....	10
3.4.	Os hebreus e os gregos.....	10
3.5.	Os romanos.....	12
4.	O NOTARIADO NO BRASIL – Evolução do regime jurídico aplicável...	16
4.1.	Das Ordenações do Reino à Constituição do Império.....	16
4.2.	As constituições republicanas.....	20
4.3.	A evolução do regime jurídico dos notários e registradores na organização judiciário do Estado do Paraná.....	23
5.	OS SISTEMAS NOTARIAIS MODERNOS.....	26
5.1.	O notariado latino.....	28
5.2.	O notariado saxão.....	32
6.	A DOCTRINA ESTRANGEIRA SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO NOTARIAL.....	34
7.	CARACTERÍSTICAS DE ALGUNS NOTARIADOS DO TIPO LATINO.....	37
7.1.	O notariado alemão.....	37
7.2.	O notariado argentino.....	38
7.3.	O notariado espanhol.....	40
7.4.	O notariado francês.....	40
7.5.	O notariado italiano.....	41
8.	O REGIME JURÍDICO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES NO DIREITO PÁTRIO.....	43
8.1.	Os notários e registradores na Constituição Federal de 1988.....	43
8.2.	O atual regime jurídico e as atribuições de competência dos notários e registradores em face da Lei nº 8.935/94.....	44
8.2.1.	As inovações da Lei nº 8.935/94.....	45
8.2.2.	Dos titulares dos serviços notariais e registrais.....	45

8.2.3. Das atribuições e competências dos notários e registradores.....	46
8.2.4. Do ingresso na atividade.....	47
8.2.5. Dos direitos e deveres.....	47
8.2.6. Da responsabilidade civil, criminal e administrativa.....	48
8.2.7. As dificuldades de interpretação das novas normas.....	50
9. A ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	51
9.1. A centralização e a descentralização da administração pública.....	53
9.2. A noção de delegação.....	60
9.3. A delegação atribuída a notários e registradores.....	62
9.4. A doutrina e a jurisprudência que os classifica como funcionários públicos...	66
10. O REGIME JURÍDICO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES.....	73
10.1. O regime constitucional dos servidores públicos.....	75
10.2. Classificação de agentes públicos.....	76
10.3. Um regime jurídico híbrido.....	85
10.4. O significado da expressão caráter privado – o binômio tensivo serviço público – gestão privada.....	90
10.5. A atividade notarial e de registro – Cargo público e função pública – Traços distintivos – Conclusões acerca do limite de idade para o exercício da função – A repercussão nos tribunais da Emenda nº 20 de 15.12.98 – A competência para delegar, criar e extinguir os serviços notariais e os de registro.....	97
11. A FISCALIZAÇÃO DOS ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO.....	109
11.1. Os instrumentos de proteção aos direitos dos cidadãos no Estado de direito democrático.....	109
11.2. A fiscalização pelo poder delegante. Hierarquia, controle e fiscalização. Traços distintivos.....	113
12. DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	116
12.1. A evolução da teoria da responsabilidade civil.....	116
12.2. A responsabilidade civil do Estado.....	121
12.3. A responsabilidade civil dos notários e registradores.....	123
13. CONCLUSÕES.....	145

ABREVIATURAS E SIGLAS

AJURIS	Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul
ANOREG	Associação dos Notários e Registradores
CC	Código Civil
CE	Constituição Estadual
CF	Constituição Federal
COAD	Editora
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
IRIB	Instituto de Registro Imobiliário
RDA	Revista de Direito Administrativo
RDP	Revista de Direito Público
RDI	Revista de Direito Imobiliário
RF	Revista Forense
RJMineira	Revista de Jurisprudência Mineira
RJTJESP	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo
RN	Revista Notatorial
RT	Revista dos Tribunais

1. INTRODUÇÃO.

O objetivo da presente dissertação é encontrar uma qualificação lógica, estabelecer um paradigma que seja o mais adequado aos novos ditames traçados constitucionalmente para *notários e registradores*, entendidos como tais os profissionais do direito, dotados de fé pública, encarregados de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, propiciando uma definição da natureza jurídica do regime a que os mesmos estão submetidos, após o estudo das normas constitucionais e legais que os regem e dos princípios e conceitos que informam o Direito Público, o que implica uma análise ontológica da natureza mesma da função que exercem.

Para tanto, proceder-se-á a uma retrospectiva histórica da instituição notarial e de alguns dos sistemas notariais modernos, bem como à análise de conceitos conferidos aos agentes públicos e servidores públicos, à centralização e descentralização administrativa, além das noções de poder hierárquico, controle e fiscalização.

Serão, igualmente, examinados a natureza das suas funções e do regime jurídico ao qual pertencem os notários e registradores, a questão da aposentadoria e da responsabilidade civil e a postura dos tribunais a esse respeito, sem deixar, porém, de lembrar certas noções básicas que informam a atuação do particular na defesa de seus direitos, assegurados constitucionalmente, haja vista que é ele, o cidadão, a razão principal, o fim mesmo do serviço público prestado pelos notários e registradores.

No Brasil a bibliografia a respeito do tema específico do regime jurídico ainda é escassa. Grande parte das informações foi obtida em revistas notariais nacionais e estrangeiras. Alguns juízes, via de regra juízes auxiliares das Corregedorias dos Tribunais de Justiça do País, têm apresentado artigos em revistas especializadas, manifestando a sua preocupação com o tema e trazendo enorme colaboração,

especialmente quanto aos ditames constitucionais e à Lei 8.935 de 18.11.94, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal.¹

A edição da referida lei desencadeou um feixe de posicionamentos os mais divergentes e que tomaram conta dos tribunais do País. Entre congressos e debates realizados por corregedores e representantes das classes surgiram algumas diretrizes básicas a possibilitar e nortear o trabalho de aplicação das novas normas traçadas.² Os tribunais do Paraná e do Rio Grande do Sul foram os primeiros a normatizar internamente a aplicação da nova lei regulamentando situações concretas e adequando os serviços notariais e registrais à nova sistemática.³

É necessário salientar que o tema ainda é bastante polêmico, como não poderia deixar de ser, eis que a questão da natureza jurídica da relação que se estabelece entre o Estado e a pessoa que exerce função pública é, tradicionalmente, um dos temas mais tormentosos do Direito Administrativo. De outra parte, a responsabilidade civil, como decorrência mesma do tema principal, tem ensejado, igualmente, amplos debates.

¹ Obra específica sobre a responsabilidade civil dos notários e registradores foi lançada, recentemente, pelos Juízes do Tribunal de Alçada de São Paulo, José Renato NALINI e Ricardo Henry Marques DIP: Registro de Imóveis e Notas - responsabilidade civil e disciplinar.

² Na Exposição de Motivos nº 391 de 19 de agosto de 1994 apresentada ao Presidente da República, o Ministro da Justiça Jarbas Passarinho esclareceu que não houve exigência expressa pela CF de edição de lei *federal* no caso de normatização das atividades e responsabilidades dos notários e registradores, bem como da fiscalização de seus atos, todavia, segundo ele, "a própria disposição da matéria apontava para a necessidade de um núcleo de regras gerais uniformes para todo o país, só possível por via de Lei Federal, o que pode ser executado sem prejuízo da autonomia Estadual, uma vez que a sua particularização estará a cabo da iniciativa legislativa de cada unidade da Federação".

³ A Instrução nº1 da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, editada no ano de 1995 disciplinou, entre outros assuntos, a competência para a fiscalização dos serviços, o horário de funcionamento das serventias, os requisitos exigidos para a contratação dos escreventes, a formalização da indicação destes e dos substitutos do titular. Também no ano de 1995 foi encaminhado anteprojeto de lei à Assembléia Legislativa do Estado do Paraná, elaborado por uma comissão instituída pelo Corregedor-Geral da Justiça, disciplinando a forma de realização dos concursos públicos de ingresso e remoção nos cargos de notário e registrador neste Estado e dando outras providências. Em 1996 foi aprovado pelo Conselho da Magistratura o novo Regulamento de Penalidades dos respectivos serventuários, atualmente em vigor.

Não obstante, ainda que não se pretenda com esta dissertação apreciar e discutir todas as questões, é possível demonstrar que a doutrina oferece valiosos elementos para a compreensão e a elucidação de muitas vertentes ainda não solucionadas.

2. AS ATIVIDADES NOTARIAL E DE REGISTRO. CONCEITOS.

Nos termos da Lei 8.935 de 18.11.94, que disciplina os serviços notariais e de registro, notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro. Por serviços notariais e de registro consideram-se os de organização técnica e administrativa, destinados a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos.⁴

As expressões tabelião de notas, notário, oficial de notas, registrador, oficial de registro, cartorário, serventuário foram as diferentes formas de nominar os profissionais dessa área ao longo de nossa história.

Tabelião, do latim *tabelliōnis*, *tabéllio*, *tabulárii*, *tabulárius*, era o escrivão encarregado de redigir os atos que serviam de prova das operações dos atuais notários. A palavra vem de *tábula*, tábua de escrever e que, no plural, significa livro de contas, quadro em que se escrevem as leis, as proclamações públicas, os editais, os testamentos. A denominação **notário** é de origem canônica, usada na Idade Média.⁵ Para Moacyr AMARAL SANTOS, “são serventuários públicos, investidos de fé pública, que têm por função precípua lavrar atos e contratos em livros de notas, conferindo-lhes autenticidade.”

Segundo De Plácido e Silva, o termo “NOTÁRIO - do latim *notarius*, (o que escreve por abreviaturas), é, na linguagem técnica do

⁴ Cf. art. 3º.

⁵ Cf. César da SILVEIRA, **Dicionário de Direito Romano**, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1957, 2º. vol. p. 691.

Direito, utilizado para designar o oficial público, a quem se comete o encargo de instrumentar, isto é, de escrever em seus livros de notas, no estilo e na forma legal, todos os atos jurídicos e contratos ali levados pelas partes interessadas".⁶

Os **registradores** têm, a seu encargo, a atribuição de garantir a autenticidade, a segurança e a validade dos atos jurídicos.

Cartorário é expressão derivada de cartório, denominação dada ao lugar em que se guardam e arquivam *cartas*, documentos importantes, processos etc. É o "escritório dos escrivães e dos tabeliães. Os cartórios são constituídos mediante as regras estabelecidas nas Leis de Organização Judiciária, e podem ser judiciais ou extrajudiciais, funcionando como auxiliares da justiça". Antigamente recebiam a designação de ofícios de Justiça, "onde os tabeliães, escrivães registradores, meirinhos eram chamados serventuários de ofício, como empregados públicos, auxiliares do juiz." ⁷

O fato de ter sido considerado o cartório, durante um longo período da história, especialmente no Brasil, uma espécie de propriedade privada, transmitida por sucessão hereditária, ensejou o inconveniente da comparação a *cartel*. Por isso, os termos *cartório* e *cartorário* têm sido repelidos, pois depreciam a atividade. Após o advento da Lei 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, voltou-se à antiga terminologia: foram novamente designados

⁶ "É também chamado de tabelião de notas, distinguindo-se do escrivão, que é o oficial público, encarregado de escrever nos processos os atos referentes a ele, ou outros determinados pelo juiz. O notário escreve ou formula os termos ou instrumentos, geralmente chamados de escrituras, segundo os dados ou apontamentos (notas) fornecidos pelos interessados. Mas é de sua obrigação enquadrar os mesmos atos na forma legal, seguindo as regras e exigências instituídas pela lei, a fim de que os mesmos atos ou contratos não possam ser inquinados de irregulares. Seus escritos, tidos como documentos públicos ou instrumentos públicos, são reconhecidos como documentos autênticos, pois que o notariado ou as funções do notário são tidas como de caráter público ou de fé pública, valendo, salvo casos excepcionais, como prova plena (NOTÁRIO. In: DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 252-253).

⁷ Cartório. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito, vol. 55, p. 358.

de *notários*, *oficiais de notas* ou, ainda, *tabeliães de notas*, e *oficiais de registro* ou *registradores*.⁸

3. ORIGEM HISTÓRICA DO NOTARIADO

Aquele que tiver a curiosidade de voltar os olhos ao passado distante irá encontrar, não somente, as origens de uma das profissões mais antigas do planeta entre os povos civilizados, mas também compreender a postura que ainda é a de muitos dos representantes da classe dos *notários ou tabeliães de notas*: o apego à continuidade do exercício da função, como uma forma de *propriedade*, transmissível por *sucessão hereditária*.

Quase tão antiga quanto as primeiras formas de sociedade organizada conhecidas da humanidade, a história dos notários nos reporta aos antigos *escribas*, contemporâneos dos *sacerdotes* e *guerreiros*, e considerados a classe de funcionários mais prestigiada, quer pela preparação cultural excepcional, quer pelo tratamento de propriedade privada que, por vezes, se transmitia por linha de sucessão hereditária.

Alberto Bittencourt COTRIM NETO, lembrando que Pero Vaz de Caminha “era funcionário real nomeado à vida, e seu cargo ele o possuía como se fora uma propriedade, a qual, quiçá, poderia ser transmitida a seu sucessor”, ressalta que esse regime notarial, posteriormente implantado no Brasil, por insólito que possa parecer, permaneceu inalterado até a independência do País, vindo a sofrer poucas transformações, “a ponto de Zeferino Ribeiro ter escrito que ‘a instituição do tabelionato ainda é, atualmente, como o era ao tempo

⁸ Nos termos da Lei 8.935/94, “notário, ou tabelião, é oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro” (art. 3º.), encarregados de “garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos” (art. 1º.). São eles, os “tabeliães de notas, os tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos, os tabeliães de protesto de títulos, os oficiais de registro de imóveis, os oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, os oficiais de registro das pessoas naturais e de interdições e tutelas e os oficiais de registro de distribuição” (cf. art. 5º.).

nosso descobrimento, quanto à índole do ofício e às respectivas atribuições.”⁹

O tabelião é, sem dúvida, uma das mais antigas profissões justamente pela necessidade de as civilizações deixarem registrados os acontecimentos. É sabido que o homem “se integra e se realiza em sociedade”.¹⁰ Essa é a lição sempre lembrada, deixada por ARISTÓTELES, que encarava o homem um ser eminentemente político, com tendência inata para a vida em sociedade, e encarava o Estado como uma instituição natural, necessária, decorrente da própria natureza humana, e que tinha por finalidade propiciar segurança social, regulamentar a convivência entre os homens e promover o bem estar coletivo.¹¹ Como afirma Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR, agir “é iniciar continuamente relações”.¹² O desencadear dessas relações ao longo do tempo fez a história das civilizações, cujo conhecimento nos foi permitido fundamentalmente pela preocupação dos povos em documentar os acontecimentos. Leciona Carlos Nicolás GATTARI que “a única maneira de possibilitar sua perpetuação é recolhê-los em documentos”, lembrando o provérbio segundo o qual “a palavra voa, e os escritos permanecem”. Assegura que o documento (e o monumento)

⁹ “E, por isso, especialmente no caso dos últimos, aos quais se atribuía uma preparação cultural excepcionalíssima, os cargos recebiam o tratamento de propriedade privada e, por vezes, se transmitiam em linha de sucessão hereditária. Na figura do escriba, do funcionário real que ao tempo de Hammurabi (1.900 anos a. C.) já tinha a incumbência da redação de atos jurídicos para o monarca (cf. Cuq, op. cit.), mas que também os redigia para indivíduos privados, encontramos o remoto confrade daquele notário português que, de viagem para assumir seu posto, em Calicute, na Índia, seria encarregado por Cabral de escrever a D. Manoel - a 1-5-1500 - a participação do descobrimento do Brasil: também Pero Vaz de Caminha era funcionário real nomeado à vida, e seu cargo ele o possuía como se fora uma propriedade, a qual, quiçá, poderia ser transmitida a seu sucessor (...)” (NOTARIADO - I. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito, v. 55, p. 1).

¹⁰ Cf. Carlos Nicolás GATTARI. **Manual de Derecho Notarial**. 2ª. ed. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 6.

¹¹ Cf. Sahid MALUF, **Teoria Geral do Estado**. 23ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 99.

¹² **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 25.

é tão importante “que sobre sua base, e somente sobre ela, se construiu a história; o documento separa esta da pré-história.”¹³

Eduardo Bautista PONDÉ, em sua clássica obra *Origen e História del Notariado*, ensina que “a história, para lograr sua reconstrução, lança mão de técnicas e meios na busca e obtenção da prova” referindo-se ao documento como um “meio de valoração probatória”.¹⁴

Acrescenta Carlos Nicolás GATTARI que no Direito o fato tem possivelmente menos importância que a sua própria documentação, uma vez que somente esta permite o conhecimento de forma durável e transcendente daquele. “O fato, como tal, interessa à história vivente de todos os dias. Porém, somente é resgatável para o conhecimento jurídico se se encontra documentado.”¹⁵

3.1 Os três tipos de documentos que exerceram influência na história.

Eduardo Bautista PONDÉ relaciona os três tipos de documentos que exerceram influência na evolução histórica:¹⁶ a) o documento *oral*, o mais antigo e primitivo, foi a transmissão por intermédio da linguagem. Os povos, em geral, documentavam oralmente o conhecimento dos fatos. Nesse período da história o próprio povo era a

¹³ **Manual de Derecho Notarial**. 2ª. ed. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 7.

¹⁴ **Origen e História del Notariado**. Buenos Aires: Depalma, 1967, p.4.

¹⁵ Prossegue Carlos N. GATTARI: “... os fatos humanos considerados em relação ao sujeito que os emite são egológicos e, por isso, imanentes. Ao ter a dimensão temporal que caracteriza a história, desaparecem (...). Para que possam transcender ao tempo, é necessário que o ser humano os converta colocando-os na dimensão espacial. Para isso compõem os objetos mundanos, desde as tábuas assírias até o computador moderno. Estes documentos - como diria Cossio - constituem estância humana no mundo” (op. cit., p. 7-8).

¹⁶ Op. cit., p. 5.

testemunha da veracidade do acontecimento;¹⁷ b) o documento *monumental* (como os que se encontram nos arredores da cidade de Menfis, Egito, os quais encerram a descrição de etapas históricas por meio de signos e dos textos que se encontram comumente estampados, configurando o testemunho escrito que adquire uma valoração especial em face da possível exatidão de seu conteúdo; c) o documento *escrito*, que necessitou, em todo o tempo, de um *redator*, cuja atividade era privilégio de poucos na antiguidade. Ressalta Eduardo B. PONDÉ a importância do conceito de *redação* dos documentos pela utilidade na caracterização do processo histórico do notariado (não obstante existirem diferenças entre o notário com as características que lhe são atribuídas hoje e outros que puderam ser seus antecessores) porque tiveram, segundo ele, “uma tarefa similar em alguns aspectos ao que tipifica hoje o **notário**”.¹⁸

3.2 A Sociedade Egípcia.

Constantemente os autores citam uma personagem da história que teria sido o antecessor ou o ancestral do notário, com características marcantes e significativa importância na sociedade

¹⁷ Carlos Nicolás GATTARI também informa que inicialmente a comunidade foi o sujeito ativo da função notarial, para constituir-se, posteriormente, em uma pessoa singular salientando que somente no final do século passado os escrivães judiciais se distinguiram dos de registro. Segundo o autor, narra a Bíblia (Gênesis, cap. 23) a realização de um contrato entre Abraão (comprador) e Efron (vendedor), tendo por objeto o campo de Macpela onde foi enterrado o corpo de Sara, celebrado perante toda a comunidade (os filhos de Jet) e de quantos entraram à porta da cidade. Afirma ainda, o autor, que nos textos cuneiformes de Nuzu, Assíria, foi encontrada a informação, acerca de algumas transações, que a “tábua de argila foi escrita após a sua proclamação à porta da cidade ou do palácio”, o que significa, segundo Gattari, que “a necessidade de documentação é tão antiga quanto a humanidade histórica.” (op. cit. p. 11-13).

¹⁸ “Aí está a profundidade”, obtempera Eduardo B. PONDÉ, “da tão atinada e por atinada tão repetida frase de Rafael Núñez Lagos, determinativa de que primeiro foi o documento e logo o notário” (ibid. p. 6). Em nota de rodapé, o original: ‘En el principio fue el documento. No hay que olvidarlo. El documento creó al Notario, aunque hoy el Notario haga al documento’ (Rafael Núñez Lagos, Hechos y derechos en el documento público, Madrid, 1950, p. 2)” (ibid p. 6).

egípcia: o *escriba*.¹⁹ O escriba foi um funcionário burocrático, explica Eduardo B. PONDÉ, indispensável em uma organização estatal em que a administração se apoiava nos textos escritos. Atuava junto aos magistrados e aos órgãos administrativos e a serviço do faraó. No período compreendido entre 3.100 e 1770 antes de Cristo, os egípcios possuíam uma forma documental que se denominava *documento caseiro*, mediante o qual se realizavam transações e testamentos. Eram declarações apostas em papiro perante três testemunhas, às quais se acrescentava o selo (que atribuía o caráter público ao documento) de um funcionário de hierarquia (o sacerdote ou outra pessoa de elevada categoria a quem aquele delegava a função) de tal forma que se tornava impossível qualquer adição ao texto. A importância atribuída aos sacerdotes deve-se ao fato de que, na civilização egípcia, eles possuíam faculdades iniciáticas (práticas ocultas realizadas em função de seus profundos conhecimentos esotéricos) e exerciam enorme influência em todos os aspectos da sociedade. Posteriormente, entre 1573 e 712 antes da era cristã, durante o chamado Império Novo, surgiu o denominado *documento do escriba e testemunha*, que se diferenciava do primeiro em razão da substituição do selo pela firma do escriba. Este documento devia ser remetido a Tebas, capital do Novo Império, para que fosse selado, adquirindo, somente então, a condição de documento público.²⁰ Ressalta Eduardo Bautista PONDÉ que, ainda aí, não se inclina a falar de notariado, nem durante o avançado período da história dos romanos, mas apenas de indivíduos ou funcionários que tiveram a atividade de

¹⁹ Na organização religiosa egípcia, *Thot* era o escriba divino, e o seu reino era o intelecto. O órgão do pensamento era, para eles, o coração, não o cérebro. Daí por que *Thot* era chamado o *Coração de Ra*, que era a força pensante, a mentalidade criadora, a língua, entendida como o meio de criação possível e também como a escritura. Cf. PONDÉ, E. B. Ibid. p.6. O autor transcreve a seguir comentário feito por Miguel Fernández CASADO, em seu *Tratado de notaría*, relacionado com o *escriba*, assinalando-lhe concomitância com a divindade ao recordar que alguns textos assinalam que "en las procesiones de Isis un escriba mayor sagrado con plumas en la cabeza, un libro y una regla en la mano, tinta e una caña o cálamus para escribir. Necesitaba saber el arte jeroglífico, cosmografía, geografía, corografía y el ritual de las ceremonias y estaba destinado a dar fe de todo lo que ocurría" (ibid. p. 6-7).

²⁰ Ibid. p. 5-12.

redigir documentos. Somente com o advento da faculdade de redigi-los com atribuição de fé pública atribuída por delegação do Estado, estaria criada uma função com todos os caracteres fidedignos que configuram a essência da atividade do notário.²¹

3.3 O Código de Hammurabi.

Na Babilônia, o Código de Hammurabi é tido como referência quanto às formas documentais, que “incipientemente começam a revelar-se como textos escritos”, persistindo ainda a necessidade de prova testemunhal acrescida das influências das forças da natureza, bem como da intervenção fortuita de fatores externos ao entendimento humano.²²

3.4 Os hebreus e os gregos.

Entre os **hebreus**, os funcionários dessa ordem também eram chamados *escribas* e possuíam atividades variadas: o *escriba do rei* autenticava os atos e as resoluções monárquicas; o *escriba da lei* tinha a atribuição de interpretar a lei (além da autoridade moral, ele tinha a possibilidade de influenciar na aplicação da lei, razão pela qual era reconhecido como o mais importante na organização social hebraica); ao *escriba do povo* competia a redação dos pactos e dos convênios, como os contratos de compra e venda, os arrendamentos e os contratos matrimoniais; por fim, ao escriba do Estado eram atribuídas as funções de secretário de Conselho de Estado e de colaborador dos tribunais de justiça. Este é tido como um provável precursor dos atuais notários,

²¹ Ibid. p. 12.

²² Ibid., p. 14. A prova, no direito processual, apoiava-se nos documentos, no juramento, nas testemunhas e nas provas especiais a que o acusado era submetido: se este não apresentasse testemunhas para provar sua inocência, era considerado de má-fé e condenado. Veja-se, também a respeito da instituição notarial assíria e babilônica in AMARAL SANTOS, M. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, v. IV.

pois a sua função, vinculada à atividade privada, assemelhava-se a atividade do notário enquanto redator de documentos.²³

Os antecedentes **gregos** dos notários não são bem definidos devido à escassez das fontes de investigação disponíveis. Por isso, alguns pesquisadores divergem, ora afirmando que os denominados *apógrafos* e *síngrafos* podem ser qualificados como verdadeiros notários (pois em Atenas não se outorgavam contratos sem que houvesse a inscrição no *registro público*, onde atuavam esses *síngrafos*),²⁴ ora sustentando que os *apógrafos* eram magistrados encarregados de repartir os processos.²⁵ Para Eduardo Bautista PONDÉ não se encontram aí, nem em pequena escala, os elementos caracterizadores do notário em sua concepção do tipo latino.²⁶

Entre os gregos existia, também, o funcionário encarregado da redação e da conservação dos documentos redigidos durante os jogos olímpicos, o qual denominavam de *hyeromnemon*.

Autores como SANAHUJA Y SOLER referem-se ao chamado *mnemon* (que, segundo a origem etimológica, era um técnico em memorização), cuja atividade, aparentemente, lembra a função do notário, pois, era encarregado de registrar e conservar os tratados e atos públicos, bem como, as convenções e contratos privados. Além dessas personagens, os autores citam outras como o *promnemon*, com maior autoridade que os demais, com hierarquia de magistrado, e o *sympromnemon* funcionário adjunto ao *promnemon* e com aptidão para redigir documentos. Entretanto, dada a ambigüidade das fontes históricas, não existe um critério histórico severo que permita uma

²³ Cf. PONDÉ, E. B., op.cit., p. 21-22.

²⁴ Cf. CASADO, M. F. *Tratado de notaría*. Madrid, 1895, t. I, p. 55, apud PONDÉ, E. B., ibid., p. 24.

²⁵ Cf. BARCIA, R. Id.

²⁶ Ibid., p.24-25.

pesquisa conclusiva acerca da existência de um possível ancestral do notário entre os gregos.²⁷

Para Eduardo Bautista PONDÉ, os chamados *basilicoi ipografi* (encarregados de redigir atos dos magistrados) estão mais próximos da condição de antecessores dos notários pela sua relação com a atividade jurisdicional e tendo em vista que, durante séculos, a fé judicial e a fé extrajudicial foram, praticamente, uma só coisa.

3.5 Os romanos.

Nos primórdios de Roma, eram poucas as pessoas que conheciam a escrita. Por essa razão, atribuía-se aos escravos a função de *tabulário*, considerada vil, de lavrar contratos privados. Mesmo ao tempo do Império Romano, com a criação do *tabellio*, que tinha fé pública e que veio substituir o notário privado, permaneceu a designação de servo público, muito embora a função já fosse exercida por homens livres. Foi sob o império de Arcádio e Honório que o ofício de tabelião foi convertido em cargo público, integrante da chamada *militia togada*, com direito aos privilégios da classe dos *espectabiles*.²⁸

Os *tabeliones*, que redigiam contratos com valor de escrituras públicas, apercebendo-se da importância da sua função, reuniram-se em corporações, o que permitiu aos seus membros adquirir a qualidade de *personnae publicae*.²⁹ Segundo José de MOURA ROCHA, os notários forneciam importantes elementos de prova. Na velha cidade existiam os notários particulares e os oficiais; os particulares não passavam de simples taquígrafos que escreviam todas as espécies de escrita e que

²⁷ Afirmo Eduardo Bautista PONDÉ, "evidentemente, no es clara la actividad de tinte notarial en Grecia. Los autores giran en torno de cierto personajes, pero no logran adentrarse en el conocimiento como para afirmar en lugar de presumir" (ibid. p. 30).

²⁸ Cf. Silva PACHECO, J. Pode o Poder Público ser responsabilizado pelos atos dos tabeliões de notas? **C0AD. Informativo semanal** 30/99.

²⁹ TANODI, A. Comienzos de la función notarial em Córdoba. **Revista de la Universidad Nacional de Córdoba**, 1.155 (2 e 5): 539, apud José de MOURA ROCHA, *Notariado e Processo Civil*, Enciclopédia Saraiva, vol. 55, p. 16.

mais tarde se organizariam em colégios. Chamavam-se *exceptores* ou *actuarii* ou ainda *notarii*.³⁰

Existia uma diferença entre os *notarii* e os *tabularii*. Os primeiros possuíam a capacidade de anotar, os discursos com celeridade, valendo-se de signos, abreviaturas e cifras para acompanhar a rapidez da fala, enquanto os últimos, realizavam registros civis anotando as mudanças de propriedade, as doações, etc. Todavia, o fato de maior envergadura que ocorreu em Roma, a esse respeito, foi o caráter de *personae publicae* que logo conquistaram, exercendo suas funções de forma privada ou estatizada, sempre na busca da segurança dos interesses patrimoniais ou não, *inter vivos* ou *causa mortis*, dando interpretação e configuração aos fatos jurídicos, autenticando documentos e responsabilizando-se pela sua guarda, tal como nos nossos dias.³¹

Segundo Eduardo Bautista PONDÉ existiram quatro personagens na antiga Roma que poderiam caracterizar-se como possíveis antecessores do atual notário: o *scriba*, o *notarii*, o *tabularii* e o *tabelion*.

Entre os que possuíam técnica e habilidade em escrever e redigir documentos estavam os chamados *apparitores*, os quais se tornaram conhecidos posteriormente pelo nome de *aquaciles*, e que tinham a função de executar as ordens dos magistrados, como decretos de prisão e outros atos judiciais. Eram de tal forma desprezados que, para castigar uma cidade que se havia rebelado, o Senado a condenou a dar anualmente certo número de seus habitantes para que servissem de *aquaciles* nos tribunais. Entre estes, no entanto, existia o *scriba*, que possuía algumas funções que lhe davam uma condição superior à dos

³⁰ "Notarii porque tomava nota dos discursos de oradores especialmente no Senado e no Foro. E a significação do vocábulo vamos encontrar em sua origem na palavra *notae*. Estas observações merecem destaque porque, tal como acontece nos gabinetes modernos, eles serviam de secretários aos altos funcionários, príncipes e tribunais." (NOTARIADO E PROCESSO CIVIL. In ENCICLOPÉDIA Saraiva, op. cit. v. 55, p. 16-17).

³¹ Cf. MARTINEZ SEGOVIA, F. *Funcion notarial*. Buenos Aires: EJE, 1961, p. 22, apud José de MOURA ROCHA, op. cit. p. 17.

aquaciles, posto que tinham a custódia de documentos, e o pretor utilizava os seus serviços para a redação dos decretos e das resoluções que tomava no desempenho de seu mandato. Eram livres, estavam isentos do cumprimento do serviço militar e ocupavam lugar preferencial nos espetáculos públicos e em outras solenidades.

O *notarii* foi um técnico na captação da exposição oral de um terceiro. Utilizava-se de signos, abreviaturas, cifras e outros elementos que permitiam acompanhar a rapidez da palavra falada. Equiparava-se, portanto, ao atual taquígrafo e estava incorporado à atividade oficial do Estado.

O *tabularii* era o oficial encarregado de fazer as listas de impostos entre os romanos. Desempenhava outras funções, como a de redatores em algumas convenções de caráter particular, contadores na administração de algumas províncias e municípios e guardadores dos arquivos públicos. Possuíam o caráter de *personae publicae*. Ainda outras funções lhes eram atribuídas: recebiam as declarações de nascimentos, as referentes ao estado civil das pessoas; eram redatores e guardadores de documentos privados; faziam inventários de bens de propriedade pública e privada, e realizavam os chamados censos que periodicamente ocorriam entre os romanos. Tanto o *scriba*, quanto o *notarii* e o *tabularii* tinham a condição especial dos funcionários que compunham o aparato estatal entre os romanos.

Por último, o *tabelion* foi técnico em aspectos do direito, redator de documentos da atividade privada, e que oferecia, em alguns casos, assessoramento jurídico. Sobretudo, não tinha função nem atividade vinculada oficialmente ao Estado.³²

Na opinião de Eduardo Bautista PONDÉ, a condição de atuar nos negócios privados, a intervenção nitidamente particular, o conhecimento do direito, que lhe permitia atuar como assessor jurídico, e a eficaz conservação dos documentos que ficavam sob sua guarda, fazem do *tabelión* quem, “com mais legítimos direitos, possa

³² Cf. PONDÉ, E. B., op. cit., p. 31-35.

considerar-se um autêntico antecessor do notário dentro da interpretação caracterizante do notariado de tipo latino.”³³

As instituições dos notários e tabeliães sobreviveram à invasão dos bárbaros e desenvolveram-se na Itália. Foi na Idade Média, sob influência bizantina, que os tabeliães se organizaram em *scholae*, com função transmitida por sucessão hereditária e com o direito exclusivo de conferir os documentos com valor público. Sob o domínio *longobardo* não se preservaram os registros municipais, ainda que tenha predominado o direito romano, mas, logo mais, no século VIII, formaram-se os **notarii publici**, reconhecidos oficialmente. Crescendo cada vez mais em importância, à época dos *carolíngios* obtiveram a promulgação das disposições legais que concediam a bispos, abades e condes a prerrogativa de terem notários próprios, prerrogativa essa que permaneceu inalterada nos séculos IX e X: “os condes paladinos podiam nomear os notários imperiais. Na Cúria Pontifícia os Papas também nomeavam.”

A autoridade dos notários cresceu com os estudos do direito romano, especialmente devido às universidades que começaram a ser fundadas durante o século XII e às escolas notariais que se formaram fora das universidades. O notariado chegou ao pleno desenvolvimento nas cidades italianas da baixa Idade Média.³⁴

As profundas transformações trazidas pela Revolução Francesa inspiraram também a atividade com a criação de uma organização do notariado. Dada a preocupação em se preservar os usuários dos serviços de eventuais danos causados aos seus patrimônios por atos dos notários, tornou-se obrigatório o depósito no tesouro nacional de determinada importância, a título de caução.

Também o Código de Napoleão instituiu um sistema de proteção da propriedade, considerando-a um direito absoluto, a própria extensão da personalidade humana e que, mais tarde daria origem ao sistema predial da atualidade.

³³ Ibid. p. 35.

³⁴ Cf. TANODI, A. Z., apud José de MOURA ROCHA, op. cit., p. 17.

4. O NOTARIADO NO BRASIL - EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL.

4.1. Das Ordenações do Reino à Constituição do Império.

Desde o descobrimento do Brasil até a sua independência, o Rei de Portugal detinha a posse sobre o território a título de domínio original do Estado. Vigoravam as chamadas Ordenações do Reino, que, no título 80, estabeleciam o Regimento dos Tabeliães de Notas e dos Tabeliães do Judicial.

O regime notarial no Brasil teve uma evolução extremamente lenta, a ponto de ter recebido poucas modificações, permanecendo praticamente inalterado desde a sua implantação no País após o descobrimento. A respeito, escreveu Zeferino RIBEIRO que “a instituição do tabelionato ainda é, atualmente, como o era ao tempo de nosso Descobrimento, quanto à índole do ofício e às respectivas atribuições.”³⁵ Isso porque, no regime das chamadas ordenações portuguesas, o sistema notarial não recebeu modificações significativas em relação ao *regimento dos tabeliães*, editado em 15 de janeiro de 1315, pelo El-Rei D. Dinis, nos termos do qual, o provimento dos cargos resultava de *doação*, cuja investidura assegurava ao seu titular um direito vitalício, “*in perpetuum ad vitam*, como pleonasticamente falava o notável comentarista das ordenações, o setecentista Manoel Alvares Pegas.”³⁶

Posteriormente, a doação passou a ser exceção, dando lugar ao provimento com origem em uma compra e venda ou em sucessão de direitos *mortis causa*. Não se exigia aptidão ou preparo para o exercício das funções. Destaca COTRIM NETO que “não se deve estranhar que assim fosse, numa época em que - ao menos no concernente à

³⁵ **O Tabelionato.** Freitas Bastos, 1995, p. 8, apud COTRIM NETO, A. B. Perspectivas da Função Notarial no Brasil. Revista Notarial Brasileira, São Paulo, ano 1, nº 1, p. 66, jan/abril 1974 e Enciclopédia Saraiva do Direito, op. cit., vol, 55, p.1.

³⁶ Cf. COTRIM NETO, op. cit., p. 68.

administração da colônia brasileira - pouco se cuidava das condições de mérito para a seleção dos funcionários da coroa.”³⁷ Segundo o autor citado, a doação, a sucessão e a compra e venda sempre foram utilizadas como formas de provimento dos cargos públicos, não sendo possível esperar que os ofícios notariais fossem providos de outra forma, não obstante o fato de se permitir a corrupção *ab initio* do funcionário e o comprometimento do serviço público.³⁸

³⁷ Ibid. p. 69. Informa COTRIM NETO que “por vezes ocorria que até aventureiros bem sucedidos poderiam habilitar-se à obtenção de uma provisão tabeliã no Brasil, como aconteceu com Bernardo da Fonseca Lobo, por volta de 1729, nas lavras auríferas do Tijuco: como conta Joaquim Felício, em seu livro ‘Memórias do Distrito Diamantífero do Serro Frio’, os primeiros diamantes do Brasil teriam sido achados por um frade anônimo que, vindo ao Tijuco e identificando como tais a umas pedrinhas usadas pelos moradores do lugar para marcação de certo jogo com que se distraíam, ensejou a que Bernardo, servindo-se desta descoberta, partira para Portugal, a manifestá-la ao Rei. Em remuneração desse serviço foi nomeado tabelião e capitão mór da vila do “Príncipe” (apud Rodrigo OCTAVIO, Domínio da União dos Estados - segundo a Constituição Federal, Saraiva ed., S. Paulo 1924, pág. 137).”

³⁸ “(...) Ocorre, entretanto, que não nos devemos escandalizar com os fatos assim descritos, pois eles correspondem ao que se verificava em toda a América de colonização ibérica. Por demais, em todos os tempos anteriores, a doação, a sucessão, a compra-venda, sempre foram expedientes regulares de provimento nos cargos públicos pelo que não se haveria de esperar que os cargos notariais ou de tabelionato, como quaisquer das serventias judiciais, fossem providos doutro modo. Não resta dúvida, contudo, que isso corrompia *ab initio* o funcionário e resultava na deterioração de serviço público.

Um quadro bem ilustrativo do que acima descrevemos pode ser encontrado no excelente livro do Professor Eduardo Batista Pondé, ‘Origem e História del Notariado’ (De Palma, ed., Ares, 1967), onde o autor argentino - falando do Notariado na América espanhola dos tempos coloniais - informa como ele se infectou pelo ‘regime pernicioso da venda dos ofícios, as dádivas, as prebendas’ (pág. 340) para mais adiante desenvolver: ‘Todos os ofícios, quer dizer, todas as funções públicas ou diretamente relacionadas com a atividade pública, vendiam-se na Espanha e, por herança, por malfadada herança, ocorria coisa igual na América’ (pág. 362). E do que se verificava no Brasil-Colônia também é ilustrativo o que escreveu o Professor Waldemar Ferreira, - a propósito de certo Alvará Régio de 20 de abril de 1758, emitido para a colônia americana de Portugal - mostrando o interesse da Coroa no rendimento do ‘provimento venal das serventias dos ofícios da Justiça e na erradicação da concorrência de pessoas que prejudicavam tais rendas.’ No livro em que trata da matéria (‘O Direito Público Colonial do Estado do Brasil sob o Signo Pombalino’, Editora Nacional de Direito, Rio, 1960), o saudoso mestre paulistano transcreve a parte preambular do citado Alvará, onde se dava a razão particular de sua expedição, assim ‘(...) as grandes desordens, que se têm seguido em todas as capitanias do Brasil em que se achava estabelecido o provimento venal das serventias dos ofícios da Justiça (...) por haver nesta Corte (em Lisboa) pessoas que fazendo vida de arrematarem as ditas serventias por menos, para depois mandarem vender as mercês delas por mais no Brasil a outras pessoas de menos regular procedimento, as quais entrando nas referidas serventias (...) só cuidam, enquanto duram os termos delas, em desfrutarem os ofícios com extorsões muito contrárias ao serviço de Deus, e Meu, e à boa administração da

Estes esclarecimentos são oportunos para compreender as razões que justificam a tradição arraigada de muitos notários e oficiais de registro que crêem ser legítima a hereditariedade dos seus cargos.

Tal se passou, como afirma o autor, em toda a América de colonização ibérica. No entanto, enquanto a Europa constituía novas bases jurídicas de provimento das serventias (especialmente a partir da lei francesa de 25 Ventôse do ano XI - 16 de março de 1803, e na América espanhola a partir das lutas pela independência), no Brasil permaneceriam as arcaicas instituições notariais implantadas havia quase quinhentos anos. Como lastima Eduardo Bautista PONDÉ, até mesmo o Código Civil de 1917, com exceção da matéria testamentária, nada acrescentou às normas de direito notarial incorporadas pelas Ordenações Filipinas.³⁹

As normas jurídicas que se seguiram não foram de muita relevância. Em 11 de outubro de 1827 foi editada uma lei que estabelecia a forma de provimento dos ofícios da Justiça e da Fazenda, proibindo que qualquer desses cargos fosse conferido a título de propriedade, passando ao regime da vitaliciedade e exigindo dos seus titulares a necessária idoneidade e que os exercessem pessoalmente. Regularam-se, também, os impedimentos e as substituições dos

Justiça, com atendível prejuízo dos meus fiéis vassallos do referido Estado' (pág. 103).

Entretanto, se era de desordens o panorama dos serviços notariais e assemelhados - que nessa época estavam tendo seus cargos leiloados, para um provimento a termo - cuidou a Coroa, em tal Alvará, de buscar remédio para os inconvenientes destacados no preâmbulo, adotando a providência 'de serem servidos os ofícios por proprietários, enquanto for possível, para assim cessarem as negociações que até agora se praticavam sobre as serventias transferindo-se as propriedades em pessoas idôneas, de cujas obrigações se possa provavelmente esperar que cumpram com a observância de minhas leis e guardem às partes seu direito' (ob. Cit. pág. 104). Mas os leilões continuaram... e não rendiam pouco, tanto que em seus estudos da história e literatura ('Novas Epanáforas', Lisboa 1932), J. Lucio De Azevedo refere que por um tabelionato na capital da Colônia, em 1761, se pagou em leilão Rs. 10:400\$000 (dez contos e quatrocentos mil réis "(ibid. p. 69/71).

³⁹ "Contrariamente ao que ocorreu em outros países, as leis vinculadas com o direito que se editaram no Brasil, não criaram normas novas em matéria notarial e aquelas que foram incorporadas pela vigência das Ordenações Filipinas se projetaram até o presente porque mesmo o Código Civil de 1917 restringiu as modificações à legislação em matéria testamentária" (op. cit., p. 440).

titulares. Todavia, segundo COTRIM NETO, tal lei não teria produzido efeitos por duas razões: em primeiro lugar porque não estabeleceu como requisitos para o acesso às serventias a formação jurídica ou a comprovação de certo tempo de prática notarial; em segundo lugar, porque “ignorou as vantagens de certa forma de organização profissional corporativa, a exemplo do que a Lei francesa de 1803 (quase um quarto de século em precedência) instituíra, e, mais tarde, seria implantado em quase todo o Ocidente, pelo menos nos países onde mais se fizera sentir a influência do direito romano, na Alemanha Ocidental inclusive.” A simples mudança da natureza jurídica do cargo atribuído, ou seja, a passagem do regime de **propriedade** para o de **serventia vitalícia**, exerceu muito pouca influência no tratamento jurídico do Notariado, pois “até os anos muito recentes a venalidade (dissimulada, embora) dos ofícios da Justiça, do Notariado sobretudo, continuou; persistiu, embora do mesmo modo dissimulado, o regime de sucessão, a transmissão do cargo de pai para filho.” E, segundo ele, ainda permanece a outorga do *status* de titular das serventias notariais, assim como nas serventias do chamado *foro judicial* a “cidadãos totalmente jejunos em matéria jurídica”.⁴⁰

As dificuldades nessa área sempre existiram. A forma de provimento das serventias, destituída da exigência de conhecimentos técnicos e aliada à hereditariedade de sua transmissão, transformou o notariado em uma das mais criticadas instituições. Segundo COTRIM NETO, “a tal ponto isso prejudicou a formação de um serviço eficiente, que o atraso de nossas instituições notariais fez com que os mais eminentes autores estrangeiros na especialidade passassem a situá-lo no quadro dos notariados de **evolução frustrada** ou **atrasada** (classificações dos professores Pondé, argentino, e Fortino López Legázpi, mexicano)”. E conclui: “entretanto isto ainda não é o mais grave, dado que sobretudo prejudicial - para a instituição notarial como para o serviço público - é o desprestígio em que caiu, no Brasil, o notário, a ponto de haver muita gente que nele enxergue mero parasita

⁴⁰ Op. cit. p. 72.

da sociedade, que portanto, deve desaparecer, e ser engolfado na maré da burocracia judiciária.”⁴¹ É curioso observar que Eduardo Baptista PONDE escreveu sua obra há mais de trinta anos, e a tradição brasileira atual ainda cultua o princípio da “propriedade”, em que a transmissão do cargo se opera de “pai para filho”, haja vista o número considerável de “permutas” aceitas em alguns dos tribunais do País.

Após a independência foram suspensas as concessões de terras, pela resolução de 17 de setembro de 1822.

A Carta Política do Império de 25 de março de 1824 aboliu o confisco e consagrou o respeito à propriedade. Nada estabeleceu a respeito dos tabeliães de notas e dos oficiais de registro. Foi a Lei 601 de 18 de setembro de 1850 que traçou os limites entre o domínio público e o particular. O Decreto 1.328 de 30 de janeiro de 1854 permitiu que os possuidores de terras pudessem declarar a posse por escrito, de próprio punho ou a seu rogo, em duas vias, que eram entregues ao pároco, que as conferia e, achando-as idênticas, registrava uma delas no livro paroquial, devolvendo a outra ao possuidor.

4.2 As constituições republicanas.

Já a Constituição da República, em seu art. 58, par. 1º, estabelecia que “a nomeação e a demissão dos empregados de secretaria, bem como o provimento dos officios de justiça nas circumscripções judiarias, compete respectivamente aos presidentes dos tribunaes.”

A Lei Magna de 1934 previu, em seu art. 67, alínea a, que competiria aos tribunais: “elaborar os seus regimentos internos,

⁴¹ Ibid., p. 74. e Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 55, p. 31. Essa situação perdurou até o advento da Lei 8.935 de novembro de 1994, regulamentadora do art. 236 da atual Constituição Federal. Até então, alguns Estados da Federação ainda adotavam a **permuta** como forma de provimento derivado, permitindo, assim, não só a transmissão hereditária dos officios, como a compra e venda destes. Justamente pelas razões acima mencionadas o termo *cartório* adquiriu, com o tempo, uma conotação pejorativa, vinculado a *cartel*. Recentemente, com a edição da Lei 8.935/94, retornou-se à antiga denominação - *Ofício*.

organizar as suas secretarias, os seus cartórios e mais serviços auxiliares, e propor ao Poder Legislativo a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos”, bem como nomeá-los, substituí-los e demiti-los (cf. alínea c).⁴² Estabeleceu, também, a competência exclusiva da União para legislar em matéria de registros públicos.⁴³

O artigo 93 da Constituição de 1937 repetiu a mesma redação acima e estabeleceu a competência exclusiva da União para legislar em matéria de registro civil, no artigo 16, inciso XX.

O artigo 97 do texto constitucional de 1946 manteve a competência dos tribunais para “elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos”, excluindo, todavia, a expressa referência aos *cartórios*. No artigo 5º., inciso XV, alínea e, manteve a competência exclusiva da União para legislar sobre registros públicos.

O artigo 187, inserido no Título VIII, que tratava especificamente dos funcionários públicos, atribuía a vitaliciedade aos magistrados, aos Ministros do Tribunal de Contas, aos *titulares de ofício de justiça* e aos professores catedráticos, prerrogativa essa, todavia, suspensa temporariamente pelo Ato Institucional de 9 de abril de 1964 (art. 7º.)⁴⁴

⁴² Cf. alínea c

⁴³ Art. 5º., XIX, a.

⁴⁴ “Art. 7º. - Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. Par. 1º. Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou, ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República, e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do país, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos.”

e, sem prazo determinado, pelo Ato Institucional nº. 2, de 27 de outubro de 1965.⁴⁵

A Constituição de 1967 manteve a competência da União para legislar sobre registros públicos⁴⁶, assim como, em seu artigo 36, a competência dos Estados para organizarem a sua justiça, observados os artigos 108 a 112, voltando a assegurar, nas Disposições Gerais e Transitórias, a vitaliciedade aos titulares dos ofícios de justiça.⁴⁷

A Emenda Constitucional de 1969 estabeleceu a competência da União para legislar sobre normas gerais concernentes a custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, sobre registros públicos e notariais⁴⁸ bem como sobre a competência dos estados para organizarem a sua justiça, observados os artigos 113 a 117 da Constituição.⁴⁹ Além disso, oficializou as serventias dos foros judicial e extrajudicial, mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressaltando, todavia, a situação dos então titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo.⁵⁰ A Emenda Constitucional nº 7 de 13 de abril de 1977 acrescentou três novos parágrafos, atribuindo à lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, a competência para dispor sobre as normas gerais a serem observadas para a oficialização das serventias. Vedou, também, qualquer nomeação em caráter efetivo, até a entrada em vigor da

⁴⁵ Art. 14 do Ato Institucional nº. 2: "Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo".

⁴⁶ Art. 8º., XVII, e.

⁴⁷ "Art. 177 - Fica assegurada a vitaliciedade aos professores catedráticos e titulares de ofício de justiça nomeados até a vigência desta Constituição, assim como a estabilidade de funcionários já amparados pela legislação anterior."

⁴⁸ Art. 8º., XVII, c da Emenda Constitucional nº.1, de 17 de outubro de 1969.

⁴⁹ Cf. art. 144 da Constituição Federal de 1969.

⁵⁰ "Art. 206 - Ficam oficializadas as serventias do foro judicial e extrajudicial, mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo." Ressalte-se que a oficialização não teve resultado prático, pois o que se verificou foi a manutenção da percepção das custas mesmo pelo serventuário que ingressou na atividade após oficialização.

referida lei complementar, e manteve a percepção das custas e dos emolumentos até a fixação pelo Estado dos respectivos vencimentos.⁵¹

É oportuno salientar que a Emenda Constitucional n. 22 de 22 de junho de 1982, em seu artigo 208, assegurou “aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983.” A efetivação contemplada pela ordem jurídica anterior tem sido concedida administrativamente pelos tribunais, com fundamento no direito adquirido dos serventuários que preenchem os requisitos legais no momento da vacância da titularidade do serviço notarial ou de registro. Essa prerrogativa somente poderia ser afastada se houvesse disposição expressa do poder constituinte originário revogando a norma anterior. Não obstante, não há entendimento unânime nos tribunais superiores. A divergência reside justamente na questão da existência ou não de direito adquirido.

4.3. A evolução do regime jurídico dos notários e registradores na organização judiciária do Estado do Paraná.

A Lei 191 de 14 de fevereiro de 1896⁵² organizou a Justiça do Estado e estabeleceu o Regimento de Custas Judiciárias. Entre os auxiliares das *autoridades judiciárias* estavam o Ministério Público, os serventuários da justiça (tabeliães e escrivães, distribuidores,

⁵¹ “Par. 1º. - Lei Complementar, de iniciativa do Presidente da República, disporá sobre as normas gerais a serem observadas pelos Estados e pelo Distrito Federal na oficialização dessas serventias. Par. 2º - Fica vedada, até a entrada em vigor da lei complementar a que alude o parágrafo anterior, qualquer nomeação em caráter efetivo para as serventias não remuneradas pelos cofres públicos. Par. 3º. - Enquanto não fixados pelos Estados e pelo Distrito Federal os vencimentos dos funcionários das mencionadas serventias, continuarão eles a perceber as custas e emolumentos estabelecidos nos respectivos regimentos.”

⁵² Esta Lei foi, sucessivamente, atualizada pelas Leis: 322 de 8.5.1899; 359 de 6.4.1900; 405 de 29.3.1901; 420 de 3.4.1901; 453 de 26.3.1902; 504 de 1º.4.1903; 577 de 10.3.1905; 668 de 4.4.1906; 725 de 3.4.1907; 1420 de 31.3.1914.

partidores e contadores, oficiais de justiça e porteiros dos auditórios, depositários e avaliadores) e os advogados e solicitadores.⁵³

A mencionada lei previa, ainda, no Título V, *Dos Serventuários de Justiça*, a obrigatoriedade de *concurso* para o provimento de todos os ofícios de Justiça (cf. art.114), bem como os equiparava, expressamente, aos funcionários públicos, conforme disposto no art. 121: “Os serventuários de officios de justiça, como todos os funcionarios publicos, não poderão exercer seus officios, sem prestarem a promessa legal, sob pena de nullidade dos actos que n’essa qualidade praticarem.”

Além disso, garantia-lhes a vitaliciedade (“Art. 182. Aos empregados e serventuários de justiça actualmente providos será mantida a vitaliciedade que tiverem adquirido por leis anteriores”), como forma de impedir a compra e a venda dos ofícios, tanto que o parágrafo único do mesmo dispositivo estabelecia, categoricamente: “Nenhum officio de justiça, porém, será conferido a título de propriedade, e seu exercício será sempre pessoal.”

A Lei nº 1908 de 19 de abril de 1919 disciplinava apenas a Organização Judiciária do Estado. Vedava, igualmente, o provimento a título de propriedade⁵⁴ e exigia concurso público de provas *ou* títulos, pois dispensava os exames de português e aritmética para aqueles que tivessem cursado o 2º. ano na Escola Normal ou no Ginásio ou tivessem exercido cargo ou função para cujo exercício fosse exigido o exame nas referidas matérias.⁵⁵ Do exame de suficiência - que versava sobre assuntos e obrigações próprios de cada ofício -, também eram dispensados aqueles candidatos que fossem graduados em Direito e que tivessem o curso de notariado por uma Faculdade de Direito.⁵⁶

⁵³ Cf. Art. 2º.

⁵⁴ Cf. art. 82: “Nenhuma serventia vitalicia ou officio de justiça será provido a titulo de propriedade.”

⁵⁵ Cf. art. 85, par. 2º.

⁵⁶ Cf. art. 89.

A Organização Judiciária que sobreveio foi regida pelos Decretos-Leis 9.688 de 18 de março de 1940 e 212 de 18 de março de 1944. O primeiro criou capítulo próprio para os *Serventuários da Justiça*,⁵⁷ incluindo os tabeliães de notas e os oficiais dos registros e protestos entre os chamados serventuários dos ofícios de Justiça. Foi igualmente prevista a proibição quanto ao provimento a título de propriedade, conforme o artigo 156. Manteve-se a exigência de concurso público de provas ou títulos⁵⁸ nos mesmos termos da lei anterior.

A Lei 315 de 19 de dezembro de 1949, no Livro Quarto, dispôs acerca dos Órgãos Auxiliares, classificando, no art. 158, os serventuários e os funcionários da Justiça como auxiliares das autoridades judiciárias. Entre os serventuários estavam os titulares de ofícios de Justiça, como os tabeliães de notas, os oficiais de registros e protestos, os escrivães, os contadores, os partidores, os distribuidores e os depositários públicos. Nos termos do art. 167 os ofícios eram providos por decreto do Governador do Estado, dentre os três candidatos melhor classificados em concurso. Eram dispensados, igualmente, das provas exigidas em concurso, os doutores ou bacharéis em Direito, diplomados por faculdades oficiais ou reconhecidas, e os titulares de ofícios da Justiça da mesma natureza daquele em que se oferecia a vaga.⁵⁹ O art. 306 também era expresso ao proibir o provimento dos ofícios de justiça a título de propriedade. Manteve-se, igualmente, a vitaliciedade dos seus titulares. Também restou equiparada, no art. 327, a responsabilidade dos serventuários de

⁵⁷ Entendidos como tais o Diretor-Secretário bem como os funcionários da Secretaria do Tribunal de Apelação e os seguintes serventuários dos ofícios de justiça: "Tabeliães de Notas, Oficiais dos Registros e Protestos, Escrivães, Distribuidores, Partidores e Contadores, Depositários Públicos, Porteiro dos Auditórios, Oficiais de Justiça e Comissários de Vigilância do Juízo de Menores" (cf. art.19, alíneas *a* a *i* do Capítulo III). No Capítulo II, que trata dos Auxiliares das Autoridades Judiciárias, permaneceram: o Ministério Público, os advogados, as autoridades policiais, os peritos, avaliadores, síndicos, liquidantes, testamenteiros, tutores, curadores, tradutores e intérpretes.

⁵⁸ Cf. arts. 164, par. único e 173.

⁵⁹ Cf. art. 177.

Justiça à dos funcionários públicos pelo crimes cometidos no exercício ou em razão de sua funções.

Com a Lei nº. 6 de 12 de junho de 1953 foi disciplinada a aposentadoria dos serventuários não remunerados pelos cofres públicos, limitando o exercício da função até os 70 anos de idade, bem como criada a chamada Carteira de Aposentadoria.

O Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado, aprovado em 11 de dezembro de 1975 pela Resolução Normativa nº.1 do Tribunal de Justiça, estabelecia que os serviços auxiliares do Poder Judiciário seriam desempenhados por *servidores*, com a denominação específica de *serventuários* da Justiça e *funcionários* da Justiça. Entre os serventuários, distinguia os titulares dos Ofícios de Justiça do foro judicial - as Escrivanias do cível e do crime e os Ofícios do Distribuidor, Contador, Partidor, Avaliador e Depositário Público - dos Ofícios de Justiça do foro extrajudicial - Ofícios dos Registros Públicos, de Protesto de Títulos, Tabelionatos de Notas e as Escrivanias Distritais. Exigia concurso público de provas e títulos para ingresso na carreira, salvo para o *"candidato já aprovado em concurso anterior da mesma natureza nos dois últimos anos"* conforme art. 166.

A permuta surgiu nessa Resolução. Estabelecia o artigo 184: "a permuta, só admitida para os Ofícios de igual natureza, em Comarcas da mesma entrância, condicionada, também, ao interesse da Justiça, dar-se-á por ato do Governador do Estado."

O atual Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado, no que respeita ao capítulo de que trata dos serventuários da Justiça, manteve a mesma redação do Código anterior, eliminando, todavia, a exceção antes aceita para o ingresso na carreira, sem concurso público, para os candidatos já aprovados em concurso anterior da mesma natureza.

5. OS SISTEMAS NOTARIAIS MODERNOS.

O notariado manifesta-se sob diferentes formas. Em virtude disso, estabeleceram-se diferentes critérios de classificação no direito comparado, conforme se atenda à natureza e ao alcance da função, ao modo de realizá-la, à intervenção do Estado relativamente à função e aos efeitos do documento notarial.⁶⁰

Segundo o notário espanhol, Antonio BELVER CANO, o primeiro a organizar e classificar o notariado, são cinco os sistemas existentes: I- notariado de profissionais livres; II- notariado de profissionais públicos; III- notariado de profissionais funcionários públicos; IV- notariado de funcionários judiciais; V- notariado de funcionários administrativos.⁶¹

Enrique GIMENEZ-ARNAU afirma, todavia, que é fundamental o caráter da atuação ou função notarial e que existem coincidências que permitem reduzir o número de categorias da classificação acima. No seu modo de ver, resultam dois tipos fundamentais de notários, segundo a função que desempenham: o *saxão* (também denominado *privado*) e o *latino* (ao que se chama *público*), ou seja, “o que não representa e o que representa o Estado, ou a sociedade e por ele não se dá ou se dá o caráter público (...) ao ato em que intervém.”⁶²

Observa o jurista espanhol que a contraposição notário público e notário privado não deixa de ser equívoca, pois, nos países saxões, o notário “realiza uma certa função pública ao autenticar firmas”, razão pela qual prefere utilizar as denominações *notariado latino* e *notariado saxão*, que são mais expressivas e se prestam a menos confusões. Prossegue esclarecendo que, ainda que a função notarial seja pública, geralmente vem acompanhada de um caráter profissional ou livre enquanto que, considerada como profissão, não deixa de ter um caráter oficial, já que é o Estado que regula o exercício da função. Daí por que

⁶⁰ Cf. GIMENEZ-ARNAU, E. **Derecho Notarial Español**, Pamplona: Universidade de Navarra 1964, v. 1, p.103.

⁶¹ Cf. MOLINÉ, A. de S. **La estatización notarial frente a la notaria de tipo latino**, La Plata, 1966, Cap. V, p. 21; PERALTA, C. E. **Los colegios notariales**, La Plata, Instituto de Derecho Notarial, 1967, p. 457; Gimenez-Arnau, E. op. cit., p. 104.

⁶² Op. cit., p. 104-105.

considera que as expressões profissional e funcionário, notário livre, oficial ou profissional-funcionário, levam a confusões.⁶³

5.1 O notariado do tipo *latino*.

A figura notarial mais difundida corresponde ao Notariado francês, composto de *profissionais-funcionários*. É o denominado notariado do tipo *latino*, não porque a sua organização provenha do direito romano, mas pela difusão que alcançou nos países desta origem.

Trata-se de um sistema caracterizado por considerar o notário um funcionário público *sui generis*, pois remunerado diretamente pela parte, mediante as custas e os emolumentos fixados em tabela oficial, por ser titular de fé pública e por estar vinculado ao Poder Judiciário, que fiscaliza os atos de ofício e exerce a disciplina sobre a atividade administrativa.⁶⁴

Para GIMENEZ-ARNAU, as características desse grupo podem ser classificadas sob quatro ângulos: a) *quanto àquele que desempenha a função* - atua como funcionário e como profissional do Direito; b) *quanto à finalidade* - o documento público no qual o notário intervém, tem uma tríplice finalidade: constrói (juridicamente falando), soleniza e autentifica; c) *quanto à competência* - abarca, teoricamente, toda a esfera extrajudicial, compreendendo aí a atuação da chamada jurisdição voluntária; d) *quanto à organização* - ainda que esteja apoiada em uma base corporativa, submete-se à autoridade do Estado, através de órgãos administrativos da administração central.⁶⁵

Explicando:

a. O duplo caráter do notário - assinala o autor espanhol que decorre do fato de que ele é mais que um mero funcionário público autorizado por delegação do Estado a autenticar atos e contratos. Não é

⁶³ Ibid. p. 105.

⁶⁴ Cf. COTRIM NETO, A. B. Notariado, op.cit., p. 3 e NALINI, J.R., RJTJESP 130/19.

⁶⁵ Op.cit., p. 107.

possível, segundo ele, olvidar “a função de colaboração que presta o Notário à correta formação do negócio que sancionará ao impor seu signo notarial e a razão de ser histórica da Instituição”.⁶⁶

b. Características da função - quanto a este tópico, explica que o alcance da atuação é onde mais tipicamente se manifesta este sistema notarial latino. Supõe:

b.1. *colaboração à elaboração técnica do documento* (em virtude das normas que o obrigam a examinar os projetos ou minutas que se lhe apresentam os interessados e a negar sua autorização nos casos de incapacidade legal, falta de representação, descumprimento de normas administrativas, oposição à lei, à moral e aos bons costumes, ou omissão dos requisitos necessários à validade do ato);

b.2. *colaboração à construção jurídica*, ou seja, solenização ou elevação de um ato à categoria de público (se a forma é potestativa) e à categoria de legalmente existente (se a forma é requisito *ad existentiam*);

b.3. *autenticação*, ou seja, imposição da fé pública em seu mais estrito sentido ao ato notariado que adquire veracidade plena, salvo os vícios de falsidade ou simulação;⁶⁷

c. *competência* - é característica do tipo latino a atuação do notário no âmbito extrajudicial somente. Sua missão é a de presidir as relações contratuais - claramente separadas da intervenção judicial - e os fatos ou declarações não contenciosas que se produzem voluntariamente sem produzir contrato;⁶⁸

⁶⁶ “Esta colaboração” salienta Enrique GIMENEZ-ARNAU “é tão importante que na doutrina se atribui ao Notário um magistério unanimemente qualificado - em sentido metafórico - de sacerdotal. Pondo fim a toda possível dúvida, o Regulamento Notarial vigente sancionou esta dupla condição do Notário, estabelecendo que ‘os Notários são a uma só vez profissionais do Direito e funcionários públicos’” (ibid. p. 108-109).

⁶⁷ Neste aspecto adverte o autor: “Não quer isto dizer que a veracidade do documento notarial seja uma presunção *juris tantum* (como deveria ocorrer) porque a autonomia judicial quanto ao fato a quo levou nossa jurisprudência a menosprezar o efeito probatório do instrumento público” (ibid. p. 109).

⁶⁸ GIMENEZ-ARNAU complementa asseverando: “limita-se o Notário a reconhecer um Direito não discutido ou a estabelecer um fato real do que podem derivar-se consequências jurídicas; porém sem que esta derivação entre no campo judicial” (ibid. p. 110).

d. *organização* - em decorrência do duplo caráter da atuação notarial, o autor em destaque considera que dois fatores devem ser levados em conta: o interesse profissional, que aconselha a organização corporativa, e o interesse público, que exige uma intervenção e vigilância do Estado, que confia aos notários uma delegação permanente da fé pública. E assevera que, em função deste fator - do interesse público -, "à parte o submetimento hierárquico que se deriva da condição de funcionários e sujeita o Notário a uma organização tipicamente administrativa", cabe ao Estado: "assegurar as condições profissionais e técnicas dos nomeados ou dos aspirantes à nomeação; assinalar a competência territorial recíproca dos Notários; fixar as normas gerais para garantir o resultado da função e as gerais de Direito adjetivo a que deve sujeitar-se o documento notarial."

Cumprir observar nesse ponto aquilo que o autor, ao examinar tais características, põe em relevo a respeito do regime notarial: ao mesmo tempo em que afirma que os notários sujeitam-se a *uma organização tipicamente administrativa*, que deriva de sua condição de funcionário, assegura, de outra parte, que "no equilíbrio entre os caracteres de profissional e funcionário, o Notário não depende de modo direto de autoridade administrativa alguma; exerce sua função com uma autonomia total e sem mais limites que os que marcam as leis".⁶⁹ Depende, sim, segundo ele, de um organismo corporativo, que atua como um órgão administrativo intermediário.

Sob ângulos diversos, outras características desse tipo de notariado foram apontadas pelo notário espanhol José ADRIAN NEGRI: a) manutenção da configuração tradicional do notário como conselheiro, perito e assessor de direito; receptor e intérprete da vontade das partes, redator dos atos e dos contratos que deva lavrar e portador de fé dos fatos e declarações que se dêem ou se passem em sua presença; b) exigência, para o exercício da função notarial, de estudos universitários de Direito, em toda a sua extensão, comprovados com o

⁶⁹ Ibid. p. 11.

título de bacharel em direito ou o correspondente a disciplinas análogas, acrescido da especialização e da prática da função; c) limitação do número de notários estritamente de acordo com as necessidades públicas em cada jurisdição, distrito ou circunscrição notarial; d) seleção de ordem técnica e moral para ingresso na função notarial pelo sistema de concurso de provas e de títulos; e) garantia de inamovibilidade para o titular, enquanto tiver boa conduta; f) autonomia institucional do notariado, com seu governo e disciplina a cargo de organismos corporativos próprios; g) remuneração do notário pelo cliente, pelo sistema de tabelas legais e com garantia de meios decentes para a subsistência; h) aposentadoria facultativa por antigüidade, doença ou limite de idade.⁷⁰

Partindo da definição do notariado do tipo latino, formulada no I Congresso Internacional Latino reunido em Buenos Aires em 1948, Hugo PEREZ MONTEIRO destaca as seguintes características : a) o titular da função é um profissional do direito encarregado de uma função pública; b) esta função consiste em receber, interpretar e dar forma legal à vontade das partes; c) o titular possui independência técnica para redigir os instrumentos adequados a tal fim; d) possui, ainda, capacidade de conferir-lhes autenticidade (esse, segundo o autor em epígrafe, é o clássico e mais conhecido aspecto da atividade), conservando os originais e expedindo cópias que dêem fé de seu conteúdo; e) quanto à obtenção da investidura enumera: suficiência técnica, idade mínima, nacionalidade, idoneidade moral, prestação de fiança, ausência de incapacidades, ausência de incompatibilidades. Além dessas, acrescenta: f) a inamovibilidade; g) a limitação do número de atuantes em relação ao número de habitantes da jurisdição territorial do lugar do exercício; h) a competência territorial, direito de escolha livre do notário pelo usuário; i) a obrigação da prestação de serviço

⁷⁰ NEGRI, J. A. Principios fundamentales del Notariado Latino, apud Antônio Augusto FIRMO DA SILVA, Seminário de estudos e debates sobre projetos que preconizam a oficialização de cartório. **Revista Notarial Brasileira**, ano I, n. 1, p. 37, jan./abril 1974.

profissional; j) o segredo profissional; k) os honorários; l) a responsabilidade pessoal (civil, penal, administrativa ou fiscal)⁷¹.

Os países europeus que seguem o sistema latino, consideradas à parte as peculiaridades resultantes de cada cultura, “com suas múltiplas matizes e inevitáveis variedades nos detalhes, que não afetam a genérica unidade do tipo”, conforme GIMENEZ-ARNAU são: França, Itália, Portugal, Alemanha (em alguns estados), Áustria, Holanda, Estado do Vaticano, Luxemburgo e Suíça (alguns cantões). Na América são os seguintes: Argentina, Bolívia, Brasil, Canadá (províncias francesas), Colômbia, Costa Rica, Cuba, Chile, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Luisiânia (EUA), México, Paraguai, Peru, Porto Rico e Uruguai.⁷²

5.2. O notariado do tipo saxão.

Segundo GIMENEZ-ARNAU “a especial formação do Direito inglês, sua origem consuetudinária, a excepcional duração no tempo de suas leis; a eficácia normativa da Jurisprudência e o original sistema de contratação baseado, não em um critério formal (...) mas consensual, deu lugar a um tipo especial de Notário totalmente distinto do tipo latino.”⁷³ Por essa razão, o notário não tem caráter de funcionário. “É um simples habilitado com limitadas funções.”⁷⁴ O Estado, não obstante prescreva as condições para o desempenho da função, não outorga nenhuma delegação de seus poderes. Eis aí a primeira característica do notariado inglês:

a. *quanto ao notário* - não tem o caráter de funcionário, ainda que a sua função seja, de certo modo, pública e o chamem de funcionário

⁷¹ MONTEIRO, H. P. O notário - organização notarial latina. **Revista Notarial Brasileira**, ano I, n. 1, p. 11-26, jan-abril/1974.

⁷² Cf. GIMENEZ-ARNAU, E. op. cit. p. 111-112.

⁷³ Ibid. p. 132.

⁷⁴ GATTARI, C. N. **Manual de derecho notarial**. 2ª. ed., Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 315.

(*officer*). Este é exclusivamente profissional, pois, somente em casos excepcionais autentifica os atos em que o Direito internacional assim o exige;

b. *quanto à sua atuação* - ainda que atue como um colaborador técnico na redação do contrato, a intervenção do notário não o torna *solene*, nem sequer *autêntico*. A autenticidade ou a veracidade se refere, não ao conteúdo, mas somente às *firmas do documento*;

c. *quanto à sua competência* - não tem, o notário inglês, competência exclusiva nos atos que intervém: neles também pode intervir o advogado (*barrister*), o procurador (*attorney*), o solicitor e o escrivão (*escrivaner*). Além disso, o notário possui não somente competência extrajudicial, posto que pode atuar perante os Tribunais, desde que passe pelo aprendizado de solicitor. Os atos e contratos não têm formalidade alguma⁷⁵ e podem ser redigidos por quaisquer desses profissionais mencionados. Possuem jurisdição exclusiva somente em matéria de protesto de letras internacionais e em autenticação ou legalização de firma de documentos que necessitem produzir efeitos no estrangeiro. Daí afirmar-se que o notário inglês “é um funcionário com vistas para o estrangeiro”;⁷⁶

d. *quanto à organização* - não existe obrigatoriedade de formação de colegiados, dado o caráter livre da profissão, não obstante existam corporações voluntárias de notários.

⁷⁵ Explica Enrique GIMENEZ-ARNAU que nos países anglo-saxões o valor formal dos acordos jurídicos se obtém: “ou como consequência de um processo judicial ou de uma atuação do Juiz; ou pela intervenção do Notário, limitada somente ao efeito de garantir a autenticidade das firmas. Na América do Norte a eficácia do documento privado está sujeita a sua autenticidade. Para obter esta se pode recorrer ao **reconhecimento** (**acknowledgement**) ou à **prova** (**proof**). O **reconhecimento** consiste na declaração feita pelo firmante ou os firmantes do documento, afirmando a veracidade deste e da firma do declarante se o documento estivesse firmado por ele: esta diligência de autenticação pode fazer-se ante algum dos funcionários autorizados pela Lei para estes fins, entre os quais se encontram os Notários. A função autenticadora das firmas a tem outras pessoas, além dos Notários; porém somente estes podem intervir quando se trata de contratos sobre imóveis situados no Estado onde se realizam. O procedimento chamado de **prova** vem a ser como uma ata de declaração jurada subscrita por uma testemunha do ato que se trata de provar: com exibição do documento, a testemunha manifesta que se redigiu e se firmou em sua presença. O Notário certifica desta declaração probatória, tanto no mesmo documento, quanto em outro anexo” (ibid. p. 133-134).

⁷⁶ Ibid. p. 133.

O tipo de notário inglês é adotado nos Estados Unidos, inclusive nos Estados de origem espanhola (Califórnia, Texas, Flórida, Novo México) e os de antiga dominação francesa (Michigan e Wisconsin) - a Luisiânia pertence ao tipo latino. Explica GIMENZ-ARNAU que, na maioria dos Estados norte-americanos, a autenticação se refere às firmas dos intervenientes, sem que seja assegurado valor probatório à totalidade do documento, nem sequer *juris tantum*, à semelhança do que ocorre no Direito inglês. A Venezuela também está incluída neste sistema.⁷⁷

Atualmente, não há registro de alterações dessas características. O que se verifica, na verdade, no que respeita ao notariado denominado latino, é que não existe, ainda, uma linha que possa ser adotada como padrão. É que, como se verá a seguir, nem todo notariado do tipo latino apresenta o notário como funcionário público, conforme a classificação de Enrique GIMENEZ-ARNAU.

6. A DOUTRINA ESTRANGEIRA SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO NOTARIAL.

Afirma Carlos Nicolás GATTARI que o notariado se manifesta conforme a cultura de cada país, sendo um *simples habilitado* com limitadas funções no regime saxão (Estados Unidos, Inglaterra e Israel); é um *empregado ou funcionário público* na Rússia, Cuba, Venezuela e em Portugal; e, finalmente, é um *profissional de direito* no regime latino (Europa Ocidental, Ibero- América e nas colônias de outros continentes). Para este autor, a classificação que supera as demais é a de Francisco Martínez SEGOVIA, tratada em sua obra *Função Notarial*, que, sem embargo de datar de 1961, é reforçada pelas opiniões posteriores.⁷⁸

⁷⁷ Ibid. p. 134.

⁷⁸ Ibid. p. 314.

Sob a ótica de Francisco Martínez SEGOVIA, são quatro as doutrinas sobre a função notarial: I- funcionarista; II- profissionalista; III- ecléticas ou combinadas; IV- autonomista.⁷⁹

I. Segundo a funcionarista o notário exerce uma função pública de caráter complexo, em nome do Estado, com uma posição especial dentro das organizações administrativa e jurídica, porém, como simples funcionário.

II. A profissionalista nega categoricamente o caráter de funcionário público, destacando o valor exclusivo de uma profissão livre, especialmente regulamentada por ser de relevância social.

III. Distingue três posições ecléticas ou combinadas: a) o notário se encontra dentro da administração da justiça preventiva, exercendo uma função pública, mas sem pertencer à esfera administrativa; b) a função notarial é função administrativa, compreendida dentro da jurisdição voluntária; goza de executoriedade e tem força de coisa julgada; c) a função notarial é função que está a cargo de um particular, profissional de direito distinto do funcionário público (posição mais aceita desde o primeiro Congresso Internacional, segundo C. N. GATTARI).

IV. Por sua vez, a doutrina autonomista atribui ao notário a qualidade de oficial público que, sendo profissional livre, assessora as vontades negociais dos requerentes, reduzindo-as a termo e atribuindo-lhes certeza, segurança e permanência. Essa teoria destaca o conteúdo profissional instrumentador do notário, a quem se atribui autonomia suficiente e independente dos funcionários públicos e dos demais juristas.⁸⁰

Martínez SEGOVIA possui, ele próprio, sua tese acerca das atribuições notariais: trata-se de uma função complexa, composta de

⁷⁹ SEGOVIA, F. M. **Función Notarial**. Buenos Aires: EJE, 1961, apud GATTARI, C. N., *ibid.* p. 315. Afirma Carlos. N. GATTARI que a pesquisa de Francisco M. SEGOVIA foi sustentada por não menos de trinta autores argentinos, uruguaios, espanhóis, italianos e alemães, cuja síntese realiza, antes de apresentar sua opinião.

⁸⁰ *Id.*

ações e exercícios profissionais e documentais indivisíveis, configurando um dualismo incindível na figura atual do notário. O notário e o documento notarial constituem os meios subjetivo e objetivo, através dos quais se obtém “a segurança, valor e permanência, de fato e de direito, ao documento notarial e ao seu objeto ou conteúdo, fins que se fundem entre si de maneira indiscutível.”⁸¹

Para alcançar os seus fins, ensina o autor, a função se utiliza de um meio subjetivo, que é um órgão (o notário, e sua perícia jurídica), e de um meio objetivo que é o documento notarial. Para Francisco Martinez SEGOVIA, a função notarial é de caráter jurídico, legal e privado, o que resulta em uma função autônoma, centrista entre as funções públicas e as meramente privadas. Jurídico por se tratar de atividade profissional na qual o notário se destaca como jurista; privado, porém qualificado, porquanto dá às funções puramente privadas as virtudes de publicidade e valor, que as fazem semelhantes à função pública; legal porque derivam da lei sua *existência* e seus atributos. E conclui o autor que “evidentemente não é uma função do Estado”.⁸² Sustenta, por assim dizer, uma posição intermediária entre a função pública e a privada.

GATTARI, ao contrário, afirma tratar-se de função pública porque interessa ao Estado desde o ponto de vista da ordem e da paz; interessa à sociedade porque é por intermédio da lei, que ela própria cria, que se atribui ao instrumento notarial uma medida constitutiva formal e probatória; interessa a terceiro quanto como possível adquirente, como destinatário definido ou indefinido do instrumento. O jurista argentino ressalta, ainda, que a função tem caráter legal, pois o instrumento notarial é o único que tem medida própria fixada por lei, é a única fé legitimada. Por fim, salienta, que os conteúdos são certamente privados, pois se referem a “fatos, atos e negócios jurídicos que realizam os sujeitos dentro dos direitos caracterizados como

⁸¹ Op. cit., p. 317.

⁸² Id.

privados, ao menos indiciariamente: direito civil, comercial, internacional, privado,” e acrescenta que, “em tal sentido, é possível admitir que a função seja privada, não em si mesma considerada, mas, senão pelo conteúdo que maneja.” ⁸³

7. CARACTERÍSTICAS DE ALGUNS NOTARIADOS DO TIPO LATINO.

A seguir, serão examinados algumas características de notariados latinos com maior expressividade na atualidade: o alemão, o argentino, o espanhol, o francês e o italiano. ⁸⁴

7.1 O notariado alemão.

- a. o número de notários é limitado em função das regiões;
- b. em todas as regiões a função é retribuída;
- c. não há nenhuma possibilidade de transmissão hereditária do cargo;
- d. a nomeação é reservada a alemão nato que cumpra com as condições de acesso à magistratura;
- e. não se exige concurso público para o exercício da função, mas exame de suficiência e título universitário.
- f. os notários são nomeados pelo Ministério da Justiça da região competente e não pelo poder central;
- g. por ser profissional liberal, não se beneficia de um sistema de seguro de saúde, e a família só recebe o seguro por sua morte se tiver contratado voluntariamente;
- h. não existe, em princípio, ascensão funcional;
- i. o limite de idade para o exercício da profissão é fixado conforme a região do país. Está fixado em 70 anos para as formas a (em que só

⁸³ Ibid. p. 318.

⁸⁴ As informações a seguir transcritas foram obtidas a partir de 1994, pela Oficina Nacional Permanente de Intercâmbio Internacional - O.N.P.I., responsável pela compilação sistemática do funcionamento e organização (aspectos mais relevantes) do regime interno da quase totalidade dos 62 países que hoje integram a União Internacional do Notariado Latino - U.I.N.L. *In El Notariado en el Mundo*. Fondo Nacional del Notariado. Santafé de Bogotá, D.C., 1997.

pode exercer a profissão de notário) e b (regiões em que o notário pode exercer outra profissão). Para a forma c (regiões onde se encontram as duas classes), o limite é de 65 anos;

- j. o exercício da profissão é controlado pelo colégio de notários e pelo Ministério da Justiça da região competente, que conta com a assistência dos presidentes dos tribunais (de Apelação e de Grande Instância);
- k. é obrigatória a filiação a um colégio de notários;
- l. em virtude do que determina a lei orgânica do notariado alemão, cada colégio de notários deve cumprir, entre outras, com a tarefa de contratar um seguro complementar para o seguro-responsabilidade dos membros em caso de um dano que supere a soma assegurada, que cubra os danos causados pela falta voluntária. Todos os colégios de notários têm, assim, constituído um fundo de garantia destinado a indenizar os clientes vítimas da falta pecuniária de um notário. O seguro é contratado, em parte pelos próprios notários, em parte pelos colégios;
- m. a tarifa cobrada é fixada segundo uma tabela oficial, estipulada por lei; sendo sempre fixa, não deixa a mínima possibilidade de concorrência de preços entre os notários;
- n. quanto aos impostos, o notário está submetido a uma imposição idêntica à de qualquer outro profissional liberal.

7.2 O notariado argentino.

- a. para exercer o notariado é necessário ser titular ou *adscrito* a um Registro Notarial. A opção do titular ao registro pode conter 1 a 2 *adscritos*. Existem províncias que eliminaram essa figura.
- b. a titularidade de um registro notarial é gratuita;
- c. não existe a possibilidade de transmitir por herança a titularidade. Salvo em algumas províncias que ainda admitem a *adscrição*, na hipótese de morte, destituição ou renúncia, em que se adjudica o registro notarial vago ao *adscrito* único ou ao mais antigo;

- d. a nomeação é reservada a cidadão nato ou naturalizado (para a capital federal o Decreto-lei 2.284/91 eliminou o requisito da cidadania);
- e. para ter acesso ao notariado é necessário ter diploma universitário;⁸⁵
- f. exige-se também: a realização de exames teórico e prático, em que é necessário obter a pontuação mínima que é de 70% para a titularidade e 50% para a adscrição em cada um dos exames, para a Capital Federal; a realização de um curso eminentemente prático para a província de Santa Fé; um concurso de oposição e antecedentes, para a província de Buenos Aires;
- g. a designação é efetuada pelo Poder Executivo com participação do Ministério da Justiça;
- h. não existe avanço de grau;
- i. em caso de falecimento do notário, os beneficiários designados percebem um seguro. Não consta na compilação consultada se esse seguro é voluntário ou se decorre do exercício da função. Em caso de enfermidade que impeça o exercício da função, o notário é jubilado;
- j. não existe limite de idade para o exercício da função na Capital; em algumas províncias, o limite é de 70 anos;
- k. o notário está obrigado a participar do Colégio Notarial de seu distrito;
- l. o controle é exercido: 1. em primeira instância pelo Colégio de Escrivães (pessoas de direito público criadas por lei, que exercem o poder de polícia sobre o exercício da função notarial dentro de sua competência territorial); 2. em segunda instância, pelos Tribunais de Superintendência;
- m. Com o advento do Decreto 2284/91, as tarifas passaram a ter forma meramente indicativa e não obrigatória, modificando o sistema

⁸⁵ O título universitário pode ser de advogado ou de notário. Depende da legislação local. As faculdades que expedem somente o diploma de advogado requerem para exercer o notariado a especialização no âmbito universitário de cursos de orientação notarial. Na atualidade não se expedem diplomas de notário. As faculdades que têm a carreira de escrivania expedem dito diploma, que se encontra em condições inferiores que o de advocacia. Ibid. p. 35.

anterior, em que os honorários profissionais eram fixados pelo Estado;

- n. quando atua como mandatário, administrador ou conselheiro, e não no exercício da função pública que o Estado lhe delegou, sua responsabilidade é de ordem civil.

7.3 O notariado espanhol.

- a. a função é retribuída;
- b. não é possível a transmissão hereditária da função;
- c. para acesso ao notariado são exigidos os mesmos requisitos dos demais juristas: título universitário da carreira de Direito; aprovação em exame de Estado (oposição);
- d. o título de notário é expedido pelo Ministro de Estado (poder central) em nome do Rei de Espanha;
- e. o avanço na carreira é possível mediante um exame de Estado somente entre notários que tenham um ano de exercício na profissão;
- f. a família do notário que vem a falecer durante o exercício da função não tem direito a seguro, mas a uma pensão da Mutualidade Notarial;
- g. a idade limite para a permanência no cargo é de 70 anos;
- h. o notário é obrigado a fazer parte de colegiado;
- i. não consta do texto resposta sobre a existência de órgão de controle;
- j. existe um seguro de responsabilidade complementar do notário, que é voluntário;
- k. as tarifas são obrigatórias e fixas;
- l. como profissional independente é responsável frente aos seus clientes pela atuação profissional.

7.4 O notariado francês.

- a. existe um número limitado de notários (*numerus clausus*);
- b. a função é retribuída, exceto na Alsácia-Mosela;

- c. é necessário título universitário - licenciatura em direito, além de curso de formação notarial para se tornar notário;
- d. a nomeação é feita pelo poder central por intermédio do Ministério da Justiça;
- e. é possível avanço de grau, que depende de sua especialização;
- f. em caso de falecimento do notário, seus familiares recebem um seguro, mas não indenização, salvo subscrição voluntária;
- g. não há limite de idade para o exercício da função, exceto na Alsácia-Mosela, em que ele é de 70 anos;
- h. a restituição dos fundos aplicados pelos seus clientes está garantida por um seguro contratado livremente pelos organismos profissionais;
- i. a tarifa imposta é fixada pelo Estado de forma obrigatória;
- j. a responsabilidade é *amplíssima*.

7.5 O notariado italiano.

- a. há número limitado de notários (*numerus clausus*). O número é fixado a cada 10 anos pelo Ministro da Justiça, segundo a densidade populacional;
- b. adquire-se a função gratuitamente;
- c. não é possível a transmissão nem por herança nem entre notários;
- d. é necessário ter diploma universitário em jurisprudência, ser cidadão italiano, ter prática notarial de dois anos em uma notaria e lograr aprovação em concurso nacional de oposição (normalmente anual, com três exames escritos e um oral) para exercer a função;
- e. a nomeação se faz pelo Presidente da República, para uma sede determinada pelo Ministério da Justiça, após a prestação de caução, em dinheiro ou mediante hipoteca;
- f. não existe avanço de grau, salvo a atuação em conselhos notariais locais ou nacionais;
- g. se o notário falece durante o exercício de sua função, seus familiares percebem parte da pensão e indenização;
- h. o limite de idade para exercer a profissão é de 75 anos;

- i. é obrigatória a coligação ao colégio notarial;
- j. o controle profissional é exercido, em matéria disciplinar, pelos conselhos notariais de distrito. O Arquivo Notarial do Distrito, órgão dependente do Ministério da Justiça, realiza um controle de legalidade bienal dos atos notariais, de seu registro e das contribuições mensais ao Conselho Nacional do Notariado, à Casa Nacional do Notariado e ao Arquivo Notarial. É competente em matéria disciplinar o Procurador da República.
- k. a tarifa é fixada por decreto do Ministério da Justiça e a sua aplicação é obrigatória; a responsabilidade do notário é igual à que possui o mandatário, a título oneroso ou gratuito. A lei notarial prevê como garantia, a respeito da responsabilidade civil dos notários, uma caução pecuniária depositada ao serem nomeados. Há aproximadamente 10 anos são contratados seguros privados, por responsabilidade civil:
 - como funcionário público, o notário está submetido à lei penal como todos os demais e também às normas disciplinares e às sanções da lei notarial: censura, pena pecuniária, suspensão temporária, destituição;
 - como mandatário, em relação aos seus clientes o notário está obrigado a executar o mandato profissional conferido por seu cliente com o cuidado do bom pai de família (Código Civil) e também em relação a sua profissão pública notarial. Se o mandato é gratuito (como, por exemplo, conselheiro), sua responsabilidade é considerada com menor severidade;
 - como gestor de negócios, a responsabilidade é a mesma que a do mandatário;
 - como assessor, tem a mesma responsabilidade estabelecida para os mandatos oneroso ou gratuito.

Quanto aos critérios para *ingresso* na instituição existem dois grupos, a saber: o que *não exige* e o que *exige* qualificação técnica. Os critérios que informam o primeiro grupo resumem-se em: a- *critério*

*político*⁸⁶; b) critério por *compra privada e mediante exame prévio de suficiência*, na França; c) critério de *hasta pública ou leilão oficial* (São Domingos); d) critério de *sucessão hereditária* (grau próximo), na Bélgica e França.

Quanto ao grupo que exige qualificação técnica: a) a exigência de qualificação *não inferior à de advogado* (Espanha); b) qualificação técnica aquilatada em *exame de suficiência* (Suíça - Neuchatel e Zurique - França, onde se exigem exames diferentes para oficial-maior e notário); c) no Peru e na Holanda são exigidos *exame de suficiência e instrução geral*; d) *exame de suficiência e título universitário* - Quebec (Canadá), Alemanha, Berna (Suíça); Em Londres exige-se o exame de direito inglês, comercial, processual e direito substantivo de qualquer outra nação, bem como conhecimento de um idioma estrangeiro⁸⁷; e) mediante título universitário, apenas, na Bélgica, onde se faz necessário título de notário (quatro cursos anuais, sendo dois de filosofia e letras e dois de direito); em Buenos Aires, título de advogado e, em La Plata, de notário.⁸⁸

8. O REGIME JURÍDICO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES NO DIREITO PÁTRIO.

8.1 Os notários e registradores na Constituição Federal de 1988.

Os serviços notariais e de registro, antes denominados cartórios ou serventias do foro extrajudicial, passaram a ter relevo constitucional a partir da Constituição Federal de 1988, que os tratou de forma

⁸⁶ Mediante indicação dos eleitores, o notário é nomeado por dois anos no Estado de Illinois; por dez anos, na Florida (EUA); e por seis, em Zurique (Suíça). No Estado norte-americano de Vermont, o notário é nomeado pelos juizes, por tempo igual ao do mandato destes). Cf. Martins, C. **Direito Notarial**. Fortaleza: Imprensa Universitária Federal do Ceará, 1974, p. 85-6), apud MOURA ROCHA, J. M. **Enciclopédia Saraiva do Direito**, vol. 55, p.8.

⁸⁷ Cf. Martins, C. *ibid.*, p. 86, apud José de Moura Rocha, p. 8. Vide também a respeito GATTARI, C. N., *Manual de Derecho...*, p. 330.

⁸⁸ *Id.*

específica, estabelecendo, no título IX das Disposições Gerais, que os mesmos são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. Em consequência, inovou a Constituição Federal no que respeita ao regime jurídico dessa categoria. Primeiro, por tratar do assunto em um dispositivo independente dos servidores públicos civis e, segundo, por prever que notários e registradores exercem a atividade em caráter privado na qualidade de **delegados** do Poder Público. As Constituições anteriores atribuíam às leis de organização judiciária a competência para a regulamentação dos serviços auxiliares da Justiça, como tais considerados os ofícios de Justiça dos foros judicial e extrajudicial. A previsão expressa da delegação, nesse caso, é absolutamente nova na ordem jurídica brasileira.

A Constituição Federal ainda incumbiu o legislador infraconstitucional da tarefa de regular as atividades dos notários e registradores, disciplinar-lhes a responsabilidade civil e criminal e definir a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. Com tal propósito, estabelecem o artigo 236 e seus parágrafos:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

Par. 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

Par. 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

Par. 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

8.2 O atual regime jurídico e as atribuições de competência dos notários e registradores em face da Lei 8.935/94.

8.2.1 As inovações da Lei 8.935/94.

Em obediência ao artigo 236 da Constituição Federal, foi editada a Lei 8.935/94. As inovações introduzidas no sistema pela lei federal foram, basicamente, as seguintes: a exigência de diploma de bacharel em direito ou da comprovação de ter exercido o serviço notarial ou de registro pelo prazo mínimo de dez anos, a independência administrativa, o caráter de profissionais do direito, a garantia do percebimento integral dos emolumentos pagos pelos atos praticados, a criação de três categorias de escreventes - os simples escreventes, os escreventes substitutos e os escrevente substitutos designados para responder pelo serviço nas ausências e impedimentos do titular (cf. art. 20 e parágrafos) ⁸⁹, a possibilidade da aplicação da pena de multa em caso de infração disciplinar que não configure falta grave ou em caso de reincidência, a responsabilidade civil nos termos do artigo 22 e a aposentadoria facultativa.

8.2.2 Dos titulares dos serviços notariais e registrais.

A Lei 8.935/94 relaciona os titulares dos serviços notariais e de registro classificando-os em sete categorias: os tabeliães de notas; os tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos; os tabeliães de protesto de títulos; os oficiais de registro de imóveis; os oficiais de registro de títulos e documentos e registros civis das pessoas jurídicas; os oficiais de registro civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas; e os oficiais de registro de distribuição.

⁸⁹ O art. 20, da Lei 8.935/94, dispõe: "Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho." Os **escreventes** podem praticar todos os atos que o notário ou o oficial de registro autorizarem (cf. par. 3º do art. 20) . Os **escreventes substitutos** são aqueles que podem praticar, **simultaneamente**, com o notário ou o registrador, todos os atos que lhes sejam próprios, com exceção da lavratura de testamento nos tabelionatos de notas (cf. par. 4º). Dentre esses substitutos um deles deve ser **designado** pelo notário ou registrador para responder nas suas ausências e impedimentos (cf. par. 5º).

8.2.3 Das atribuições e competências dos notários e registradores.

Aos notários compete, nos termos do art. 6º: formalizar juridicamente a vontade das partes; 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; autenticar fatos. Compete-lhes, ainda, e com exclusividade: lavrar escrituras, procurações públicas, testamentos públicos e aprovar os cerrados, lavrar atas notariais; reconhecer firmas e autenticar cópias.

Também, nos termos da Lei 8.935, aos tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos cabe: lavrar os atos, contratos e instrumentos relativos a transações de embarcações a que as partes devam ou queiram dar forma legal de escritura pública; registrar os documentos da mesma natureza; reconhecer firmas em documentos destinados a fins de direito marítimo; e expedir traslados e certidões.⁹⁰

Aos tabeliães de protesto de título compete privativamente: protocolar de imediato os documentos de dívida, para prova do descumprimento da obrigação; intimar os devedores dos títulos para aceitá-los, devolvê-los ou pagá-los; receber o pagamento dos títulos protocolados, dando quitação; lavrar o protesto, registrando o ato em livro próprio, em microfilme ou sob outra forma de documentação; acatar o pedido de desistência do protesto formulado pelo apresentante; averbar o cancelamento do protesto e as alterações necessárias para atualização dos registros efetuados; expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis.⁹¹

Por sua vez, aos oficiais de registros de imóveis, de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e

⁹⁰ Art. 10.

⁹¹ Art. 11.

de interdições e tutelas “competem a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos.”⁹²

Finalmente, aos oficiais de registro de distribuição cumpre: desde que previamente exigida, proceder à distribuição equitativa pelos serviços da mesma natureza, registrando os atos praticados; em caso contrário, registrar as comunicações recebidas dos órgãos e serviços competentes; efetuar as averbações e os cancelamentos de sua competência e expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis.⁹³

8.2.4 Do ingresso na atividade.

No que respeita ao ingresso na atividade notarial e de registro, a Constituição Federal exigiu concurso público de provas e títulos. Além da habilitação em concurso público, a lei estabeleceu como requisitos para o ingresso, nacionalidade brasileira, capacidade civil, quitação com as obrigações militares, diploma de bacharel em direito e verificação de conduta condigna para o exercício da profissão. No parágrafo 2º. do art. 15, em louvável exceção, previu a possibilidade de concorrerem candidatos não bacharéis em direito, desde que tenham completado *dez anos de exercício* em serviço notarial ou de registro até a data da primeira publicação do edital de concurso de provas e títulos.

8.2.5 Dos direitos e deveres.

O art. 28 da Lei Federal dispõe que os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei.

⁹² Art. 12. A lei federal 6.015 de 31 de dezembro de 1973 regulamentou a matéria.

⁹³ Art. 13.

Além disso, nos termos do art. 29, podem exercer opção, nos casos de desmembramento ou de desdobramento de sua serventia, e organizar associações ou sindicatos de classe e deles participar.

Quanto aos deveres, a Lei 8.935/94, em seu artigo 29, enumera os seguintes: manter em ordem os livros, os papéis e os documentos de sua serventia, guardando-os em locais seguros; atender às partes com eficiência, urbanidade e presteza; atender prioritariamente às requisições de papéis, documentos, informações ou providências que lhes forem solicitadas pelas autoridades judiciárias ou administrativas para a defesa das pessoas jurídicas de direito público em juízo; manter em arquivo as leis, regulamentos, resoluções, provimentos, regimentos, ordens de serviço e quaisquer outros atos que digam respeito à sua atividade; proceder de forma a dignificar a função exercida, tanto nas atividades profissionais como na vida privada; guardar sigilo sobre a documentação e os assuntos de natureza reservada de que tenham conhecimento em razão do exercício da sua profissão; afixar em local visível, de fácil leitura e acesso ao público, as tabelas de emolumentos em vigor; observar os emolumentos fixados para a prática dos atos do seu ofício; fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar; facilitar, por todos os meios, o acesso à documentação existente às pessoas legalmente habilitadas; encaminhar ao juízo competente as dúvidas levantadas pelos interessados, obedecida a sistemática processual fixada pela legislação respectiva; observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente.

8.2.6 Da responsabilidade civil, criminal e administrativa.

Os notários e os oficiais de registro são responsáveis civil, criminal e administrativamente. No capítulo III, a Lei 8.935 os declara responsáveis pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, e assegura, ainda, o direito de regresso contra os seus prepostos, no caso de dolo ou de culpa.

A responsabilidade criminal é individualizada aplicando-se, no que couber, a legislação relativa aos crimes contra a administração pública. Sendo individualizada, não pode incidir sobre pessoa diversa da que causou o dano. Difere, portanto, da responsabilidade civil, cujo encargo decorrente do ato ilícito pode incidir sobre outra pessoa. Na responsabilidade penal, “o fato provocador de conseqüências criminais incide sempre sobre seu autor, individuado no plano objetivo e no plano subjetivo. Não há, pois, responsabilidade penal **por fato de terceiro** [grifo nosso] ou apurada coletivamente, sem distinção da conduta de cada agente envolvido”.⁹⁴ Isso significa que não se pode punir o delegado por crime praticado exclusivamente pelo seu preposto.

Ainda, no que tange à responsabilidade penal, releva notar que os notários e os registradores respondem por crimes relacionados ao exercício da sua função. Isso se deve ao fato de que considera-se servidor público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, função ou emprego público, inclusive em entidade *paraestatal*.⁹⁵

⁹⁴ Cf. W. CENEVIVA. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 61.

⁹⁵ Cf. art. 327 do Código Penal. A Lei 9.983, de 14.07.2000 deu nova redação ao par. 1º. do referido dispositivo, equiparando a funcionário público quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

A responsabilidade administrativa desses profissionais está regulamentada no capítulo VI da Lei. A inobservância das prescrições legais ou normativas; a conduta atentatória às instituições notariais e de registro; a cobrança indevida ou excessiva de emolumentos, ainda que sob a alegação de urgência; a violação do sigilo profissional e o descumprimento de quaisquer dos deveres descritos no artigo 30 da supracitada Lei, configuram infrações disciplinares que sujeitam os notários e os oficiais de registro às penalidades previstas no artigo 32, quais sejam: repreensão, multa, suspensão por noventa dias, prorrogável por mais trinta, e perda da delegação. Esta última depende de sentença judicial com trânsito em julgado ou, como nas demais hipóteses, de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa.⁹⁶

Na esteira das prescrições constitucionais, a Lei federal definiu que o Poder Judiciário é responsável por fiscalizar os atos notariais e de registro, mencionados nos seus artigos 6º. a 13, atribuindo-lhe, ainda, a apuração das infrações disciplinares e a imposição das respectivas penas.⁹⁷

8.2.7 As dificuldades de interpretação das novas normas.

As questões adiante arroladas traduzem, basicamente, as principais fontes de controvérsia decorrentes da edição da Lei 8.935/94 e que serão analisadas no decorrer da presente dissertação. Não se pretende, todavia, abordar todos os aspectos polêmicos que ensejam os mais variados debates, pois, certamente, mereceriam um novo e também polêmico trabalho.

⁹⁶ Art. 31 a 36 da Lei 8.935/94.

⁹⁷ Estabelece o art. 37 da Lei 8.935/94: "A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos artigos 6º. a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos".

1. Face às inovações do art. 236 da Constituição Federal, foi dada permissão para que o legislador ordinário pudesse dispor acerca do regime jurídico desses profissionais e da sua responsabilidade civil em caráter totalmente independente do regime jurídico atribuído aos servidores públicos da administração direta, mediante estatuto próprio? Sendo positiva a resposta, teria, o constituinte, criado uma categoria totalmente dissociada do regime jurídico de direito público, inserindo-a entre as casas de comércio? Ou seriam agentes públicos no sentido amplo da expressão, ou nenhuma destas hipóteses, mas, simplesmente, servidores públicos propriamente ditos?
2. A que regime jurídico estão submetidos os oficiais de notas e de registro em face do art. 236 da CF e da L 8.935/94?
3. Qual é a consequência da atribuição da qualidade de delegados do Poder Público a tais oficiais?
4. O que significam as expressões servidor público em sentido amplo e funcionário público em sentido restrito?
5. Qual é o grau de efetividade e de alcance do art. 28 da Lei 8.935 que prevê que notários e registradores “gozam de independência no exercício de suas atribuições”? Em que consiste essa independência?
6. Existe hierarquia entre o Poder Público delegante e os notários e registradores?
7. É ilegal o ato de administrador que aposenta, de ofício, notário ou registrador ao completar setenta anos de idade, considerando que a Lei 8.935 previu expressamente, em seu art. 39, inc. II, que a aposentadoria para tais oficiais seria facultativa?
8. A que título respondem os oficiais de registro e de notas pelos danos que causem a terceiros no exercício de suas funções?

A doutrina oferece valiosos ensinamentos para o intérprete e o para o operador do direito, possibilitando a harmonização dos preceitos constitucionais e legais que regem a matéria e que serão abordados na presente dissertação.

9. A ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Princípio básico que informa o estado de direito é o da *supremacia do interesse público sobre o interesse privado*. É, pois, no dizer de Celso Antônio Bandeira de MELLO, “princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição da sua existência”,⁹⁸ daí porque esclarece, o autor, ser desnecessária a previsão expressa de um dispositivo constitucional que o especifique, mesmo porque a existência concreta deles, mediante a previsão constitucional de institutos, como o da desapropriação e da requisição (art. 5º., XXIV e XXV), demonstra a evidente supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Essa supremacia, no entanto, não deve ser entendida como um fim em si mesmo, mas como meio, instrumento de realização da função social. É no interesse da coletividade que a Administração Pública tem de agir. Assevera Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, em referência à esfera administrativa, que “as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de ‘poderes’, sic et simpliciter. Na verdade o que nela se encontram são ‘deveres-poderes’, porque, segundo o autor a “atividade administrativa é desempenho de função” entendida como “o **dever** de buscar, no **interesse de outrem**, o atendimento de certa finalidade”.⁹⁹

⁹⁸ **Curso de Direito Administrativo**, 4ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 44.

⁹⁹ Ibid. p. 45: “Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar poderes, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos, ou seja: são conferidos como meios impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir. (...) Segue-se que tais poderes são **instrumentais**: servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, **deveres-poderes**. Não **poderes**, simplesmente. (...) Ora, a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público - o do corpo social - que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Portanto, exerce ‘função’, instituto - como visto - que se traduz na idéia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que **deve** ser atendido para o benefício de um terceiro.”

De LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET sustentam que as estruturas administrativas não valem por elas mesmas, mas unicamente na proporção em que contribuam, de um lado, para a eficácia da ação administrativa, e, de outro, ao respeito das prerrogativas e dos direitos dos administrados. Daí afirmarem que “l’administration active est un instrument, un ensemble de moyens mis au service de l’intérêt général.”¹⁰⁰

No mesmo sentido é a opinião de Hely Lopes MEIRELLES, baseada em Léon DUGUIT: “a atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administrados, não se justificando sua presença senão para prestar serviços à coletividade.”¹⁰¹

Essa atuação do Estado no cumprimento de suas funções específicas é compreendida pelo exame da sua organização administrativa. O Estado atua por intermédio de seus órgãos e entes, podendo assumir três diferentes formas de organização: *centralizada*, *descentralizada* e *desconcentrada*.

9.1 A CENTRALIZAÇÃO E A DESCENTRALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A forma centralizada é aquela mediante a qual o Estado desenvolve, ele próprio, as atividades que lhes são inerentes. Mas é sabido que o Estado pode transferir a outrem o exercício de certas atividades ou criar outras entidades, pessoas jurídicas, para desempenhar funções de sua competência. Ao criá-las, a algumas conferirá personalidade de direito público, e a outras, personalidade de direito privado.¹⁰²

¹⁰⁰ **Droit Administratif.** 15^a. ed. Paris: L.G.D.J., 1995, p.161: “a administração ativa é um instrumento, um conjunto de meios que estão a serviço do interesse geral.”

¹⁰¹ **Direito Administrativo Brasileiro.** 18^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 294.

¹⁰² Cf. BANDEIRA DE MELLO, C. A., *ibid.*, p. 70.

Importa, para a análise do tema em questão, uma particularidade: a relação que se trava entre o poder central e as autoridades que dirigem a administração descentralizada.

Preleciona Celso Antônio que a atividade administrativa é **descentralizada** quando “é exercida, em uma das formas mencionadas, por pessoa ou pessoas distintas do Estado”, enquanto que a atividade administrativa é **centralizada** quando “é exercida pelo próprio Estado, ou seja, pelo conjunto orgânico que lhe compõe a intimidade.”¹⁰³

Segundo o administrativista, na **centralização**, a atuação do Estado ocorre “**diretamente** por meio dos seus órgãos, isto é, das unidades que são simples repartições interiores de sua pessoa e que, por isto, dele não se *distinguem*. Explica que essas unidades consistem em “meras distribuições internas de plexos de competência, ou seja, em ‘desconcentrações’ administrativas” ao passo que na **descentralização**, a atuação do Estado ocorre **indiretamente**, por meio de outras pessoas ou “seres juridicamente distintos dele, ainda quando sejam criaturas suas e por isto mesmo se constituam (...) em parcelas (personalizadas) da totalidade do aparelho administrativo estatal.”¹⁰⁴

Descentralização e desconcentração são, pois, formas distintas de organização administrativa: a primeira pressupõe pessoas jurídicas diversas, enquanto que esta refere-se sempre a uma só pessoa, “mantendo-se o liame unificador da hierarquia”. Na descentralização, ao contrário, rompe-se essa unidade e *não há vínculo hierárquico* entre a Administração Central e a pessoa estatal descentralizada; o que passa a existir é um poder chamado *controle* na relação entre ambas.¹⁰⁵

Hely Lopes MEIRELLES esclarece que serviço centralizado “é o que o Poder Público presta por suas próprias repartições, em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade. Em tais casos o Estado é ao mesmo tempo titular e prestador do serviço, que continua integrado na

¹⁰³ Op. cit., p. 70.

¹⁰⁴ Ibid. p. 70-71.

¹⁰⁵ Ibid. p. 71-72.

denominada **Administração Direta**". Enquanto que serviço descentralizado é:

todo aquele em que o Poder Público transfere a sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, **por outorga ou delegação**, a autarquias, fundações, entidades estatais, empresas privadas ou **particulares individualmente**. Há **outorga** quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, **por lei**, determinado serviço público ou de utilidade pública. Há **delegação**, quando o estado transfere **por contrato** (concessão) **ou ato unilateral** (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal.¹⁰⁶

Também nesse sentido, confira-se o magistério de José dos Santos CARVALHO FILHO: "quando a delegação é feita por contrato ou ato administrativo, já vimos que aparecem como delegatários os concessionários e os permissionários de serviços públicos. Quando é a lei que cria as entidades, surge a Administração Indireta", composta,

¹⁰⁶ **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: RT, 25^a ed. p. 317. Mais adiante leciona, ainda: "quando a administração pública executa seus próprios serviços, o faz como titular dos mesmos; quando os comete a outrem, pode transferir-lhes a titularidade ou simplesmente a execução. A *transferência da titularidade do serviço é outorgada por lei* e só por lei pode ser retirada ou modificada; a *transferência da prestação do serviço é delegada por ato administrativo* (bilateral ou unilateral) e pela mesma forma pode ser retirada ou alterada, exigindo apenas, em certos casos, autorização legislativa. Entre nós, a outorga de serviço público ou de utilidade pública é feita às *autarquias, fundações públicas e às empresas estatais*, pois que a lei, quando as cria, já lhes transfere a titularidade dos respectivos serviços, e a *delegação* é utilizada para o transpasse da *execução de serviços* a particulares, mediante a regulamentação e controle do Poder Público. A delegação é essencial para a legalidade da prestação do serviço por parte do particular, sob pena de se tornar 'clandestina', isto é, sem a indispensável regulamentação e controle público. De certa forma, algumas Administrações têm tolerado serviço de transporte coletivo sem delegação formal e, assim, sem regulamentação e controle - especialmente por meio das chamadas 'lotações' - em regra, alegando-se o direito da livre iniciativa. Todavia, como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal, em boa hora, 'não pode ser dispensada, a título de proteção da livre iniciativa, a regular autorização, concessão ou permissão' do serviço público. Pela Constituição vigente, os prestadores de serviços públicos respondem *diretamente* pelos danos que vierem a causar a terceiros (CF, art. 37, par. 6º.). A delegação pode ser feita sob as modalidades de: a) concessão; b) permissão; c) autorização - resultando daí os *serviços concedidos, permitidos e autorizados*" [os grifos são do original] (ibid. p. 349-350).

segundo o Decreto-lei 200/67 por pessoas jurídicas com personalidade jurídica própria e que compreende as seguintes categorias: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e as fundações públicas.¹⁰⁷

José CRETELLA JUNIOR apresenta três formas distintas de descentralização: a. **orgânica**; b. **política**; c. **por colaboração**.

A primeira se opera por meio da partilha de atribuições entre os órgãos centrais e os órgãos locais, considerando-se um só aparelhamento administrativo. Diz-se descentralizado "o sistema que transfere para os órgãos locais a maior soma possível de capacidade decisória, subindo os casos para a apreciação dos órgãos centrais somente em casos excepcionais."¹⁰⁸

A segunda (descentralização política) se processa com a distribuição de atribuições (da União) pelos vários aparelhamentos existentes em um dado país (Estados e Municípios). Só ocorre, portanto, nas Federações. A palavra política tem o sentido de pessoa jurídica pública, política ou de aparelhamento.

Por fim, pelo processo de descentralização por colaboração, "procura o Estado alijar de si um certo número de encargos, transferindo para pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, algumas atribuições que o sobrecarregavam e que, sem prejuízo, mas até com vantagens para a Administração, podem ser conferidas a outros órgãos."¹⁰⁹ Esse processo se opera por três modalidades: a **delegação**, a **concessão** e a **autarquia**.

Dá-se a *delegação* quando "o Estado confere a pessoas de direito privado a faculdade de exercer algumas de suas atribuições, confiando-lhes, para isso, os respectivos poderes." Cita como exemplo a hipótese em que a União transfere ao Banco do Brasil, *sociedade de economia*

¹⁰⁷ **Manual de Direito Administrativo**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p. 317-318.

¹⁰⁸ **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 17ª. ed., 2000, p. 96-97.

¹⁰⁹ *Ibid.* p. 95.

mista, a possibilidade do desempenho de serviços públicos, configurando a chamada *descentralização por colaboração*. O mesmo ocorre com empresas públicas que desempenham serviços públicos.

Pelo processo da *concessão*, o Estado transfere, por lei ou mediante contrato de direito público, a pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, a incumbência de executar determinado serviço público, com remuneração do concessionário por meio de tarifas pagas pelo particular usuário dos serviços.

Na *autarquia* há a constituição de uma nova entidade, liberta do Estado, que executa atividades típicas deste.¹¹⁰

Roberto DROMI assinala que a descentralização administrativa “tem lugar quando o ordenamento jurídico confere atribuições administrativas ou competências públicas em forma regular e permanente a entidades dotadas de personalidade jurídica, que atuam em nome e por conta próprios, sob o controle do Poder Executivo”, a exemplo dos entes autárquicos, do Banco Nacional e da Universidade Nacional.¹¹¹ E aponta, também, a diferença entre descentralização, desconcentração e delegação: além de se dar entre órgãos de um mesmo ente, na desconcentração o vínculo que une o órgão ao Poder Executivo se denomina poder hierárquico. “Na descentralização se denomina controle administrativo, o poder hierárquico institucional, que outorga limitados poderes de controle e de direção sobre o ente personalizado e que são somente faculdades de supervisão”. A descentralização e a desconcentração diferenciam-se, ainda, da delegação, por duas razões: a) aquelas “têm sua origem na lei ou no decreto, conforme o caso; enquanto que a delegação se origina de um

¹¹⁰ Ibid., p. 98. Segundo CRETELLA Jr., nessa categoria (da autarquia) estão incluídas as fundações de direito público e as corporações públicas. Não obstante, esse entendimento se contrapõe à nomenclatura adotada pela Constituição Federal em seus artigos 37, XVII, 38 e 40. No âmbito federal, o Decreto-Lei 200/67 estabelece que a Administração indireta compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidades jurídicas próprias: a) autarquias; b) empresas públicas; c) sociedades de economia mista; e d) fundações.

¹¹¹ **Derecho Administrativo**. 6ª. ed. Buenos Aires: Fundação Centro de Estudos Políticos y Administrativos, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, p. 497.

ato administrativo fundado na lei”; b) “na descentralização e na desconcentração há uma atribuição de competências ao inferior. Na delegação há somente uma transferência total ou parcial do exercício da competência, que segue pertencendo ao superior”, o que significa, conforme a lição de Roberto DROMI, que este pode retomar o exercício da função para exercer ele próprio ou transferi-lo a outro órgão, “o que é inadmissível na descentralização e desconcentração.”¹¹²

Para Agustín GORDILLO, os entes descentralizados possuem características básicas comuns: a) têm personalidade jurídica própria, podendo atuar em nome próprio, comparecer em juízo como autor ou demandado, celebrar contratos, etc.; b) percebem retribuição pela sua atividade, como decorrência legal, seja em forma de imposto ou de taxa; c) seu patrimônio é estatal, no sentido de constituir *propriedade* do Estado, pois este pode eventualmente suprimir o ente descentralizado e estabelecer o destino de seus fundos, dispondo dos mesmos como se fossem próprios, ainda que o ente descentralizado apareça formalmente como proprietário de seus bens;¹¹³ d) têm capacidade de administrar-se a si mesmos, como consequência lógica das características acima e como dado típico da descentralização: a atribuição de competência específica para resolver todos os problemas decorrentes da sua atuação, sem ter de recorrer à administração central, salvo nos casos previstos em seus estatutos; e) são criados pelo Estado, não existindo definição, ainda, na doutrina, se o meio idôneo para a criação é uma lei formal ou um decreto; f) estão submetidos ao controle estatal, o que pressupõe não existir total independência do ente, já que sua atividade deve coordenar-se com o

¹¹² Ibid. 497-498.

¹¹³ Uma vez executados os bens do ente descentralizado, pois a demanda deve primeiro dirigir-se contra ele, salienta A. GORDILLO, com fundamento em julgados da Suprema Corte Argentina: “En sentido similar, Corte Suprema de Justicia da la Nación. Fallos, t. 252, p. 380: MARIENHOFF, *op. cit.* ps. 443/4. Lo expuesto es, desde luego, una vez excutidos los bienes del ente descentralizado, por lo que la demanda debe primero dirigirse contra éste. Ver COMADIRA, JULIO R.. Derecho administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, cap. XII. Ps. 379 y ss. 392; TAWIL, GUIDO. Recurso ordinario de la apelación ante la Corte Suprema de Justicia, Buenos Aires, 1990, ps. 92 y ss. BHIANCHI, ALBERTO A.. Juidicción originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1989, p. 31.”

resto da atividade estatal, bem como a inexistência de um controle rígido que frustre, na prática, a finalidade perseguida com a sua criação; g) quanto ao fim, afirma existir uma ambivalência transitória a respeito, dada a possibilidade de realização, quer pelo Estado, quer pelo ente descentralizado, de tarefas que não sejam exclusivamente administrativas, mas, também comerciais ou industriais, não sendo possível afirmar que o *fin* seja exclusivamente *público*, variando, na verdade, conforme a época e as circunstâncias.¹¹⁴

Sérgio de Andréia FERREIRA ensina que, devido às múltiplas atividades confiadas à Administração, o Estado necessita lançar mão de outras formas de descentralização por meio de pessoas que se situam fora da Administração Pública, por ele denominadas de entes de cooperação: “através da descentralização por cooperação, o Estado cria entidades de direito privado, isoladamente, ou em conjugação com particulares; transforma pessoas jurídicas criadas pelos particulares, ou ainda nelas interfere; ou cria ofícios em que investe pessoas físicas. (É o caso de ofícios de justiça: leiloeiros, despachantes e tradutores públicos)”.¹¹⁵

¹¹⁴ *Tratado de Derecho Administrativo*. 4ª. ed.: Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997, tomo I, cap. XIV, p. 1-6.

¹¹⁵ “A descentralização por cooperação é, dentre estas formas, a que faz surgir as pessoas jurídicas mais próximas da Administração, embora, como acentuamos, posicionadas fora da mesma. Estas novas pessoas jurídicas são os chamados **entes de cooperação**, que se caracterizam por serem pessoas que podemos denominar de **para-administrativas**, exatamente porque, sendo limitrofes da Administração Pública, nela não se incluem. É a Para-Administração. A denominação descentralização por cooperação denota a própria natureza do processo de criação, de funcionamento, e a ligação dessas pessoas para-administrativas com a Administração Pública.”(...) Parece-nos que o melhor paradigma da delegação, ou descentralização por cooperação, a que alude o artigo 236 da Constituição é o serviço ou Ofício de Tradutor Público e Intérprete Comercial, cujo Regulamento foi estabelecido pelo Decreto nº. 13.609, de 21 de outubro de 1943, instituindo autêntica delegação de funções públicas a particulares, visando, tal qual as atividades notariais e de registros, a prática de atos de segurança quanto às relações jurídicas entre os indivíduos. Sendo certo que esses oficiais são dotados de fé pública (art. 20), são admitidos por concurso de provas (art. 1º.), estão sujeitos à fiscalização dos órgãos encarregados do registro do comércio (art. 37) e se submetem a sanções administrativas, inclusive demissão (art. 24).” *Direito Administrativo Didático*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 80/81, apud AGUIAR VASCONCELOS, J., Revista de Direito TJRJ, 21/51, 1994.

Para o autor, portanto, a delegação atribuída aos notários e aos registradores decorre da chamada descentralização por **cooperação** (considerando-se que na cooperação existe a co-participação do Estado na atividade delegada por ser este quem cria os ofícios), como forma de administração indireta a que ele designa de para-administração.

José Aguiar VASCONCELOS conclui que o 'legislador constitucional, ao estabelecer a norma programática do art. 236, traçou parâmetros ao legislador infraconstitucional, vinculando-o à seguinte regra: prestação dos serviços notariais e de registro fora da estrutura estatal (delegação), por pessoas não integrantes dos quadros funcionais do Estado (particulares).¹¹⁶

9.2. A noção de delegação.

Delegar, do latim, **delegatio**, significa "transferir a outrem o desempenho de um dever ou o exercício de uma faculdade".¹¹⁷

A delegação tem por fundamento o princípio da continuidade do serviço público ou da função pública. O Estado, como afirma CRETELLA Jr. "não pode parar. Por isso, há vários institutos que procuram impedir que haja a interrupção dos serviços públicos. Entre esses, está o instituto da delegação"¹¹⁸, que constitui exceção, eis que a regra é a indelegabilidade. Daí a necessidade de previsão expressa para a atribuição a terceiros de função própria da Administração.

Vale lembrar que o princípio da indelegabilidade era absoluto na Constituição de 1946 (art. 36, par. 2º: "É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições"), passando a relativo na de 1967 (arts. 52, 46, inc. IV e 81, parágrafo único), mantido pela emenda de 1969.¹¹⁹ E a de 1988 previu, em seu artigo 175, que "incumbe ao Poder Público, na

¹¹⁶ Ibid. p. 57.

¹¹⁷ Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo: v. 23, p. 137, 1914-1979.

¹¹⁸ Dicionário de Direito Administrativo, p. 80.

¹¹⁹ Cf. José CRETELLA JUNIOR. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 4612.

forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Para J. M. de CARVALHO SANTOS, “o delegado possui competência própria gerada pela delegação” e “age, autonomamente, segundo seu próprio entendimento”.¹²⁰

Francesco GARRI preleciona que a delegação “é um instrumento, em virtude do qual, consentindo a lei, o órgão ou entidade, investido originariamente da competência para prover a respeito de determinada matéria, confere, autoritariamente e unilateralmente, a um outro órgão ou a uma entidade, competência (derivada) em relação a essa mesma matéria”. Esclarece, ainda que, “sob tal aspecto, atribui-se ao delegado a legitimidade para o exercício, dentro dos limites prefixados no ato de delegação, do poder e da função pertinentes ao delegante.”¹²¹

O autor assinala também que, conforme se outorgue no âmbito do mesmo órgão público ou entre órgãos diversos, a delegação é **interorgânica** ou **intersubjetiva**, sendo que nesta o ente delegado não opera como órgão da entidade delegante, mas atende a uma necessidade de descentralização para a simplificação ou redução da organização administrativa e da dimensão do ente delegante.

E complementa o mestre italiano, asseverando que a delegação importa em derrogação da norma sobre competência administrativa (nos limites da delegação e no prazo de sua duração) permitindo que o delegado se coloque em uma posição similar à do delegante que, por sua vez, se investe da posição de controle em relação aos atos de execução da delegação. Conclui, afirmando que salvo disposição expressa em contrário no ato de delegação, o agente delegado é investido de poder para prover a respeito do objeto da delegação em

¹²⁰ Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, v. 15, p. 156.

¹²¹ **La responsabilità della Pubblica Amministrazione**, Turim: UTET, 1975, n. 47, pp. 58 e 59, apud SAID CAHALI, Y. Responsabilidade Civil do Estado, 2ª. ed.. São Paulo: Malheiros, 1995, p.158.

nome próprio, e não como representante do outro sujeito, embora por sua conta e no interesse deste último.

9.3. A Delegação atribuída a notários e registradores.

Sob esse prisma, o artigo 236 da Constituição Federal de 1988, ao estipular que a atividade notarial e de registro será realizada por delegação do poder público, estabeleceu a forma descentralizada para a prestação desses serviços. Delegou-se ao particular uma atividade que, constitucionalmente, é própria do Estado, ou que, a rigor, estaria a seu encargo exercer.

Ovídio A. BATISTA DA SILVA sustenta que, “enquanto o notariado dos países de língua espanhola da América Latina seguiu o modelo adotado na Espanha, onde o Notariado desenvolveu-se como organização independente, no Brasil, a partir de um determinado momento de sua história, a instituição perdeu a independência que marcara seu nascimento, para tornar-se um serviço subordinado ao Poder Judiciário, na condição de uma serventia judicial.”

Essa subordinação, segundo o autor, é uma nota peculiar do notariado brasileiro, que, em virtude de circunstâncias históricas e políticas, distanciou-se inclusive do regime seguido pelo Notariado português, cuja vinculação se opera com o Ministério da Justiça e não com o Poder Judiciário.

Do seu ponto de vista, com a tendência geral que norteou o constituinte brasileiro de 1988, orientado para o que se convencionou chamar de “reforma do Estado”, o notariado brasileiro sofreu, seguramente, uma transformação significativa, pois passou de atividade subordinada, caracterizada como simples serventia do Poder Judiciário, para tornar-se um serviço privatizado, ou um serviço público exercido em caráter privado.

Hodiernamente, portanto, na ótica de Ovídio Batista da SILVA, o instituto notarial se caracteriza como um serviço público delegado, a ser exercido por profissionais do direito, na condição de agentes

privados. Conseqüentemente, as pessoas investidas na função notarial não são funcionários do Estado e nem participam dos quadros de pessoal do serviço público.

Além disso, foi reservado ao poder delegante (a União Federal), como acontece com o regime das concessões de serviço público, o poder de fiscalizar a regular prestação do serviço concedido à iniciativa privada. Nesse caso, ao Poder Judiciário não compete a fiscalização dos tabelionatos e dos registros públicos “enquanto estrutura organizacional”, como “empreendimento empresarial privado”, mas, tão-somente, da correta execução do serviço público. “Daí a distinção entre fiscalização ‘dos serviços’ e ‘fiscalização dos atos’, tal como está no preceito da Constituição Federal,”¹²² o que implica, conforme o autor, uma auditoria ocasional, não permanente, diversa daquela que ocorria quando os serviços notariais e registrais constituíam simples serventias judiciais.¹²³

Cristiano GRAEFF JÚNIOR, ao examinar o tema da natureza jurídica dos órgãos notarial e registrador, em cotejo com os sistemas notariais modernos, observa que a Constituição Federal de 1988 aderiu ao tipo latino, eis que “transformou o titular da serventia pública de

¹²² Id..

¹²³ Ovídio BATISTA DA SILVA ainda ressalta a importância das modificações ocorridas nessa área, valorizando a descentralização do poder como “conquista democrática, expressão de um sistema social baseado na responsabilidade pessoal de cada cidadão, especialmente quanto àqueles a quem a lei confere o encargo de gerir, sob a forma de um empreendimento privado, alguma atividade ou função públicas. Nenhum regime será verdadeiramente democrático se a respectiva organização política partir do pressuposto de que seus agentes, por incompetência ou fraqueza moral, devem ser tidos liminarmente como suspeitos, a exigir prévia e permanente fiscalização tutelar exercida pelas escalas superiores do poder. Esta cultura, no caso do Brasil, apenas servirá para fortalecer e consolidar ainda mais a secular estrutura do poder dominante, de cariz imperial, que tem resistido aos tempos e servido de entrave à modificação de nossas estruturas políticas e sociais.”

funcionário público em particular, exercendo, 'em caráter privado, por delegação do Poder Público' função pública.¹²⁴

A respeito, cita Eduardo J. COUTURE, segundo o qual, não se deve estranhar a existência de uma função pública a cargo de um particular, posto que o ordenamento jurídico está povoado de situações de tal índole, como, por exemplo, o perito, o síndico, o depositário, o interventor, entre outros, sem que se lhes atribua a qualidade de funcionário público. Eduardo COUTURE afirma, também, que a questão de ser ou não funcionário público não é um problema de definição legal e, ainda que assim defina o legislador, tal não é sua missão, e, sim, "instituir normas, ou seja, proposições hipotéticas de uma conduta futura", sustentando que o "escrivão público será funcionário público se a lei lhe assinala, no conjunto das interações humanas, a condição jurídica que corresponde aos demais funcionários públicos: seu estatuto jurídico." De outra parte, não será funcionário público, ainda que a lei assim o denomine, "si en cúmulo de sus derechos y deberes no tiene condición de tal".¹²⁵

No mesmo sentido, Alberto Villalba WELSH assevera que a "qualidade de funcionário público não pode ser adquirida por uma mera declaração ainda que emane de um texto legal. A qualidade de funcionário público deve ser uma coisa certa, evidente, que encontre seu apoio na lei mesma e no reconhecimento da existência de um vínculo com o Estado"¹²⁶

Essa preocupação se deve ao fato de que a lei espanhola expressamente declara a qualidade de funcionário público ao notário:

¹²⁴ Conforme Pedro Ávila ALVAREZ as características do notariado latino são: es el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y conferiéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos" (Natureza Jurídica dos Órgãos Notarial e Registrador. **Revista de Direito Imobiliário** 47/117).

¹²⁵ Id.

¹²⁶ "Tal calidad no puede adquirir-se por una mera declaración aunque emane de un texto legal. La calidad de funcionario público debe ser una cosa cierta, evidente, que encuentre su apoyo en la ley misma y en el reconocimiento de la existencia de un vínculo real con el Estado".

“El notário es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”¹²⁷

Para Cristiano GRAEFF JUNIOR falta, igualmente, a representação do Estado, posto que “o exercício da fé pública não se realiza em seu nome, certo, como é sabido, que todo funcionário público não tem a fé do notário”.¹²⁸

Assevera, outrossim, que a delegação “não transforma o delegado em servidor público, apenas o investe nos poderes para a prática de ato considerado como função pública. Os serviços são exercidos em caráter privado, pelo titular da serventia ou seus empregados.”

O autor compara a delegação dos notários e dos registradores àquela prevista no art. 166 da Emenda Constitucional de 1969, salientando que tais delegados nunca foram tratados como funcionários públicos.¹²⁹ Argumenta, ainda, que o Poder Público investe o notário “nos poderes de exercer função pública, em seu lugar. Delegar é transmitir poderes, é investir na faculdade de obrar. Conservando a qualidade de servidor público, o delegado exerceria normalmente as

¹²⁷ Pedro Ávila ALVAREZ. **Estudios de derecho notarial**. Montecorvo S.A. 1973, p. 28, apud Cristiano GRAEFF JÚNIOR, *ibid.* p.123.

¹²⁸ “Como explica Bautista Poudé: ‘La fe notarial es fe que posee el notario, el solo, por eso es personal y - como dije - enfáticamente personalísima’” E arremata Couture: ‘Cuando se habla de fe pública para referirse a los documentos, se alude a algo específicamente notarial. No se dice, por ejemplo, que el juiz, o el ministro, o el embajador sean *funcionarios de fe pública*. Se dice, en cambio, que son funcionarios de fe pública es escribano o el secretario judicial. Éste es un hecho, un simple hecho del language. Pero en la determinación de los conceptos, los hechos de language no pueden ser desestimados. Cuando en el sistema de la ley se utiliza el vocablo *ministro de fe publica*, o más sencillamente *funcionario de fe pública*, no se alude a las condiciones normales y genéricas de todos os funcionarios públicos. Con esas palabras se alude a lo que, a largo de toda a historia, fué una misión específica del notariado y mui especialmente de la secretaría judicia’” (*ibid.* p. 120).

¹²⁹ “Art. 166. É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público serão regulados em lei.

Par. primeiro. Entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas.”

suas funções públicas e não careceria da delegação, que seria manifestamente inútil, a despeito de disposição constitucional.”¹³⁰

Em face dessas considerações, as hipóteses de extinção da delegação elencadas na Lei 8.935/94 encerram uma enumeração taxativa, pois, a aposentadoria compulsória, prevista no art. 40 da Constituição Federal, só se aplica aos servidores públicos. A lei omitiu a aposentadoria compulsória, precisamente, para tirar-lhe a característica de servidor público. “Se for considerado particular, exercendo ‘em caráter privado, por delegação do Poder Público’, função pública, é claro que a enumeração é taxativa.(...) Ambigüidade, realmente, é considerar funcionário público estadual (face à nomeação) filiado à previdência social de âmbito federal.”¹³¹

9.4 A doutrina e a jurisprudência que os classifica como funcionários públicos.

Temístocles Brandão CAVALCANTI, Caio TÁCITO, PONTES DE MIRANDA, Barbosa CORRÊA, José de AGUIAR DIAS e Gaston JÈZE, Maurice HAURIOU, entre outros, classificam os oficiais de notas e de registro como funcionários públicos.

Conforme o ensinamento de Temístocles Brandão CAVALCANTI, o serviço da Justiça é serviço público e, portanto, funcionário público todo serventuário da Justiça.¹³²

José de AGUIAR DIAS segue o mesmo entendimento acrescentando que não poderia ser diferente, pois “a concepção privatística do serviço forense, com atribuição dos cartórios a título de propriedade, em certo tempo com caráter hereditário, se acha, hoje, inteiramente superada (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, na Revista Forense, vol. 129, pág. 136)”. Afirma, igualmente, que “só por

¹³⁰ Cf. Cristiano GRAEFF JUNIOR, *ibid.* 122.

¹³¹ *Ibid.* p.122 e 124.

¹³² **Tratado de Direito Administrativo**, São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. III, p. 76. Nesse mesmo sentido também é a opinião de Alcides JORGE COSTA. RDP 4/101-106.

supersticioso apêgo a essa tradição continuaríamos a negar ao serventuário da Justiça a condição de funcionário público”.¹³³

Caio TÁCITO, referindo-se ao termo *funcionário público* utilizado pela Constituição Federal de 1946, assegura que “a terminologia constitucional utiliza a expressão em sentido lato, abrangendo a todos os ocupantes de cargos públicos, sejam ou não remunerados pelo erário, a exemplo das Constituições de 1934 (art. 170, parágrafo 1º. e 1937, alínea “a”), não se confundindo com a latitude estrita do termo delineada pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, que limitava aos que fossem pagos pelos cofres públicos). E conclui afirmando que “os serventuários da Justiça são, tradicionalmente, em nosso direito administrativo, funcionários públicos em sentido lato”.¹³⁴

Alaim de ALMEIDA CARNEIRO assegura que os serventuários da justiça se classificam entre os servidores públicos, aplicando-lhes, inclusive, a aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade.¹³⁵

Para Castro NUNES, o serventuário é “um funcionário como qualquer outro”, não obstante ter sido conservada a denominação de serventuário, e “pouco importando que não receba dinheiro do Tesouro, como acontece com os escrivães, que recebem das partes os emolumentos taxados em leis”. Para corroborar a assertiva, refere-se, ainda, a uma lei que havia estabelecido a aposentadoria dos serventuários à custa do Tesouro.¹³⁶

¹³³ “(...) depois que a instância administrativa, repetidamente, assentou que o tempo de serviço prestado ao Estado como serventuário da Justiça é tempo de serviço federal, desde que o seja também por força de lei estadual (Regime de Direito Administrativo, vol. 27, pág. 319) e quando se decreta judicialmente, com o maior acêrto, aliás, a perda do mandato de vereador que aceita cargo de serventuário da Justiça (Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Revista de Direito Administrativo, vol. 21, página 104.)”. **Revista de Direito Administrativo** 31/319.

¹³⁴ Cf. comentário ao acórdão do STF no RMS - n. 2.931 - Vitaliciedade e Aposentadoria Compulsória. **Revista de Direito Administrativo** 50/252.

¹³⁵ **Revista de Direito Administrativo** 3/447 e 13/510.

¹³⁶ Cf. voto em acórdão do Supremo Tribunal Federal, no RE n. 8.500, **Revista de Direito Administrativo** 19/143.

Walter BARBOSA CORRÊA afirma, igualmente, a sua qualidade de funcionário público sob o fundamento de que “os serventuários da justiça não estão sujeitos ao imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza.”¹³⁷

Comentando a Constituição Federal de 1946, PONTES DE MIRANDA, assevera que “a relação jurídica entre o escrivão ou o tabelião e o Estado é a de funcionário público. O direito do escrivão ou do tabelião é ao cargo por tôda a vida, salvo demissão resultante de sentença judiciária (crime, incapacidade de direito público ou incapacidade absoluta de *direito privado*”. E salienta, ainda, que

“isso não quer dizer, de modo nenhum, que as percentagens, as custas, as multas e outros proventos com que se remuneram certos funcionários públicos, sejam pagos pelos particulares, e não pelo Estado. As percentagens, as custas, as multas e os proventos, que os particulares prestam, ainda que as recebam, diretamente, os funcionários públicos, são prestadas ao Estado e destinadas simultaneamente, ou não, aos funcionários públicos assim remunerados. A concepção de serem prestadas ao funcionário público privatizaria o serviço e o seu custeio. Seria degradar tais proventos à categoria jurídica das passagens de trem ou de bondes, às taxas de estrada de rodagem, que o Estado fixou, em sua legislação sobre concessões. Não é essa, de feito nenhum, a concepção do direito brasileiro. Por aquela, alguns juristas estrangeiros e alguns brasileiros, que não viram a diferença fundamental entre o sistema jurídico brasileiro e os dos outros países, chegam ao absurdo de negar ao titular de ofício de justiça o serem funcionários públicos e de neles ver a figura do concessionário de serviço público, o que, perante a Constituição de 1946, art. 187, regra jurídica que se acha no título dos funcionários públicos como perante a tradição do nosso direito, é de se repelir energicamente.”¹³⁸

¹³⁷ Revista de Direito Público, v. 2, p. 131/138.

¹³⁸ Comentários à Constituição de 1946, 4ª. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. VI, p. 336-338.

Necessário registrar que esses autores manifestaram o seu entendimento anteriormente ao regime jurídico vigente, em que era outra a normatividade referente aos serventuários do foro extrajudicial.

Conforme a lição de Gaston JÈZE, notários, procuradores, escrivães, oficiais ministeriais, ao menos para os escritores de direito público mais modernos, são funcionários públicos e tal é, segundo ele, “una circunstancia que jamas debe perderse de vista cuando se trata de determinar el régimen jurídico al que se someten esos funcionarios.”¹³⁹

No seu entender, certas particularidades relativas à nomeação e à remuneração provocam um afastamento desse caráter essencial, pois são remunerados mediante emolumentos pagos por indivíduos que buscam seus serviços, o que, aparentemente, os torna similares aos advogados e aos médicos. De outra parte, tem-se a impressão de que “oficiales ministeriales” compraram seu ofício, da mesma forma que um comerciante adquire direitos de comercio ou que o dentista compra um consultório da sua especialidade, etc. Para Gaston JÈZE, não ocorre nada disso, uma vez que a remuneração desses oficiais não tem caráter de soldo, mas de *taxa*, propriamente dita; “trátase de un impuesto especial, autorizándoles la ley para que lo cobren al público, según los tarifas determinadas por las leyes y reglamentos y en las condiciones previstas por ellos”.¹⁴⁰

¹³⁹ **Los Principios Generales del Derecho Administrativo.** Tradução de Carlos Garcia Oviedo. 3ª.ed. Madrid: Depalme, vol. II, tomo I, p. 285-287, apud BATALHA, W.S. Comentários à Lei de Registros Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.1, p. 50.

¹⁴⁰ “es ésta una circunstancia que jamás debe perderse de vista cuando se trata de determinar el régimen jurídico al que se someten esos funcionarios. Ciertas particularidades relativas al nombramiento hacen olvidar a veces este carácter esencial, así como también el modo de remuneración. Ante todo se los remunera mediante emolumentos pagados por los individuos que han requerido sus servicios. Aparentemente, puede asimilárselos, en este punto, a los abogados o a los médicos, pues arriendan su actividad, sus servicios, como un obrero o un empleado, como un abogado o un médico. Por otra parte, parece que los oficiales ministeriales compraran su oficio, en la misma forma que un comerciante adquire efectos de comercio o que el dentista compra un consultorio de su especialidad etc. En realidad, no ocurre nada de esto. La remuneración de los oficiales ministeriales no tiene carácter de sueldo, sino de tasa propriamente dicha; trátase de un impuesto especial, autorizándoles la ley para que lo cobren al público, según los tarifas determinadas por las leyes y reglamentos y en las condiciones previstas por ellos” (op cit. p. 285-287).

Idêntica, por sua vez, é a posição de Maurice HAURIOU para quem “les officiers ministériels, notaires, avoués, huissiers, greffiers, commissaires-priseurs, agents de change, avocats ou Conseil d’État e à la Cour de cassation, sont des *fonctionnaires publics*.” Explica que o fato de serem remunerados pelos “clientes” não lhes retira esta característica, lembrando que existem outros serviços que também são remunerados diretamente pelo público e nem por isso deixam de ser função pública.¹⁴¹

O Supremo Tribunal Federal, seguindo o mesmo caminho de há muito já traçado, tem decidido que notários e registradores são **servidores públicos**.¹⁴²

Não obstante, excluindo a conclusão de que notários e registradores são servidores públicos - tese a que se filiam os Tribunais Superiores e da qual discordamos pelas razões já expostas - no que se refere ao entendimento adotado quanto à aposentadoria, necessário ressaltar que a formalização da delegação para notários e registradores decorre de norma constitucional expressa e se processa por intermédio da **admissão por concurso público**, o que tem levado ao entendimento de que se trata de servidor público.

O Superior Tribunal de Justiça, que é, aliás, o órgão competente para uniformizar a exegese da lei federal infraconstitucional, tem se

¹⁴¹ “On a mis quelquefois cette qualité en doute parce qu'ils sont directement rémunérés par leur clientèle, mais il ne faut pas oublier que les offices de l'ancien régime, même-ceux de judicature, outre les gages du roi, comportaient rémunération directe par le public, épices etc., et n'en étaient pas moins des fonctions publiques”(Précis de Droit Administratif et de Droit Public. 6^a. ed. Librairie et de Droit Public, Librairie Recueil Sirey, 1911, p. 634).

¹⁴² “O status de funcionário sempre foi a tônica da função notarial, conforme se colhe de venerando Acórdão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: Em suma, no direito brasileiro e no comparado, na jurisprudência, a partir do STF, e nos precedentes administrativos, está seguramente assente que aqueles que militam em serventias não oficializadas são funcionários públicos (JOSÉ WALDECY LUCENA, Regime Jurídico do Pessoal das Serventias não Oficializadas do Estado, RT 534, p. 51). Os notários são, e sempre foram em toda a história do direito português, funcionários do Estado (ÉDSON JOSUÉ CAMPOS DE OLIVEIRA, ob. cit. p. 15)” (cf. VASCONCELOS, E. A. Natureza jurídica da função delegada - Estudo a propósito do artigo 236, da Constituição Federal. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, v. 21, p. 51, out./dez. 1994).

pronunciado, reiteradamente, nesse sentido, tendo como a tônica dos julgamentos a questão da aposentadoria compulsória.¹⁴³

¹⁴³ **“Administrativo. Oficial de Registro Público. Natureza Jurídica do Serviço Notarial. Aposentadoria Compulsória aos Setenta Anos de Idade. Constituição Federal, arts. 40 e 236.** O notário executa serviço público de características especiais, sob o amálgama de função pública. Tanto que o serventuário é investido, em caráter permanente, em cargo público, criado por lei, com denominação própria. A serventia é regulada por lei, com atividade sujeita à hierarquia administrativa e fiscalização do Poder Judiciário e o acesso aos cargos depende de concurso público (par. 1º. e 3º., art. 236, C.F.). Embora desempenhe, por delegação do Estado, atividade de caráter privado, o notário guarda a qualificação de servidor público. Os emolumentos e custas têm o crivo de receita pública. Não descaracterizada a natureza da função pública do notário, aplicam-se-lhe as disposições do art. 40, II, Constituição Federal (aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade). Precedentes jurisprudenciais. Recurso improvido” (Superior Tribunal de Justiça. RMS nº. 330-0/SP. Relator: para o acórdão Ministro Milton Pereira, por maioria, j. 25.11.92).

“Recurso Ordinário. Mandado de Segurança. Constitucional. Administrativo. Serventuário de Justiça. Aposentadoria Compulsória. I - Os oficiais notariais e de registro subordinam-se ao disposto nos arts. 40, II e 236 da Constituição Federal vigente, estando, por isso, sujeitos à aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. II. Recurso improvido” (Superior Tribunal de Justiça. RMS nº. 992-0-MG. Relator: Ministro Cesar Rocha, por maioria, j. 18.12.95).

“Serventuário de Registro de Imóveis. Natureza jurídica do serviço notarial. Aposentadoria compulsória aos 70 anos. Cf, art. 40, II. O notário executa serviço público de características especiais. A serventia é regulada por lei com atividade sujeita a hierarquia administrativa e fiscalização do Poder Judiciário e o acesso aos cargos depende de concurso público. Embora desempenhe, por delegação do Estado, atividade de caráter privado, o Notário guarda a qualificação de servidor público. Recurso improvido.” (Superior Tribunal de Justiça. RMS nº. 730-0-SP. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, por unanimidade, j. 08.06.94).

“Constitucional. Mandado de segurança. Notário. Aposentadoria compulsória. Inexistência de direito líquido e certo. O sistema previsto na Constituição é o da aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade, sem qualquer consideração à *higidez mental ou física* do servidor. O Notário exerce a respectiva atividade em caráter privado, mas por delegação do Poder Público, sujeitando-se à disciplina estabelecida pelo Poder Judiciário, na qualidade de delegante. Portanto, exerce função de natureza pública dependendo de aprovação em concurso público de provas e títulos. O impetrante, por fim, foi aposentado compulsoriamente aos 70 anos antes da promulgação da Lei 8.935, de 18.11.94, carecendo de direito líquido e certo de, *ad nutum*, voltar ao exercício do serviço público delegado.” (Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 5.736-SP. Relator: Ministro Jesus Costa Lima, por maioria, j. 07.08.95).

“Administrativo. Mandado de segurança. Notário. Exercício de serviço público lato sensu. Aposentadoria compulsória. Os serviços notariais, embora sejam exercidos em caráter privado, dependem de delegação do Poder Público, possuem estrutura administrativa, são fiscalizados pelo Poder Judiciário, sendo remunerados mediante emolumentos fixados em lei. Exercem funções públicas, ainda que não se inscrevam dentre as típicas do Estado somente podendo ingressar na atividade depois de aprovados em concurso público de provas e títulos. Portanto, os notários ficam submetidos ao limite constitucional de setenta anos para a aposentadoria compulsória.” (Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 5.286-9-RJ. Relator: Ministro Jesus Costa Lima, por unanimidade, j. 15.03.95).

Para os defensores da tese de que os oficiais de registro e de notas são servidores públicos, o entendimento é firmado com base no argumento de que esses oficiais possuem características e atribuições só encontradas na classe dos servidores públicos, e que podem, em face da doutrina e da jurisprudência, ser assim resumidas:

1. o serventuário é investido, em caráter permanente, em cargo público, criado por lei, com denominação própria;

"Serventuário da Justiça - Escrivão - Aposentadoria compulsória - Sujeição - Qualidade de servidor público do notário - Vínculo de dependência com o Poder Público - Liminar cassada - Recurso não provido - Voto vencido" (JTJ 166/161).

"Serventuário da Justiça - Escrivão - Aposentadoria compulsória - Sujeição - Qualidade de servidor público do serventuário - Recurso provido. A nomeação do notário, a criação de seu cargo, a subordinação hierárquica e a determinação dos rendimentos são efetuados pelo Poder Público, sendo sua função pública, inobstante o serviço realizado tenha caráter privado" (São Paulo. Apelação Cível nº. 013.660-5 - 8ª. Câmara de Direito Público - Relator: Celso Bonilha - 11.02.98 - v.u.)

"Serventuário da Justiça - Notários e registradores - Aposentadoria compulsória - Sujeição - Qualidade de servidor público do serventuário - Recurso provido para denegar a segurança impetrada" (São Paulo. Apelação Cível nº. 16.665- - 9ª. Câmara de Direito Público - Relator: De Santi Ribeiro - 01.04.98 -v.u.)

"Notário - Serventia extrajudicial - Aposentadoria compulsória - Serviço de natureza pública apesar da delegação prevista na Lei n. 8.935/94 - Aplicabilidade do inciso II do artigo 40 da Constituição da República, independentemente da regulamentação do artigo 236 do mesmo diploma legal - Recurso não provido" (São Paulo. Apelação Cível n. 18.623-5. 1ª. Câmara de Direito Público - Relator: Demógenes Braga - 12.05.98 -v.u.).

"Serventuário da Justiça - Notário - Aposentadoria compulsória - Ato anterior à Lei Federal n. 8.935, de 1994, que regulamentou o artigo 236 da Constituição da República - Irretroatividade - Qualidade de servidor público em sentido amplo, ademais, não afastada pelas referidas normas - Sujeição ao comando imperativo do inciso II do artigo 40 da referida Carta - Segurança denegada" (JTJ 209/156).

"Serventuário da Justiça - Notários e registradores - Aposentadoria compulsória - Sujeição - Qualidade de servidor público do serventuário - Segurança denegada - Recursos providos" (JTJ 214/152).

"Administrativo e Constitucional. Mandado de Segurança. Serventuário Extrajudicial. Servidor Público Lato Sensu. Aposentadoria compulsória. Aplicabilidade. Os serventuários extrajudiciais que exercem em caráter privado os serviços notariais e de registro por delegação do Poder Público, por se encontrarem vinculados à Administração desempenhando funções públicas, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam o regime próprio dos servidores públicos *latu sensu*, como a da inatividade compulsória aos setenta anos de idade. - Recurso Ordinário desprovido (Superior Tribunal de Justiça - ROMS 10114-RS - Relator: Ministro Vicente Leal - DJU 23/08/99 - p. 00153).

2. a serventia é regulada por lei, com atividade sujeita à hierarquia administrativa e fiscalização do Poder Judiciário;
3. o acesso aos cargos de titular depende de concurso público, embora desempenhe, o nomeado, por delegação do Estado, atividade de caráter privado;
4. os emolumentos e as custas têm o crivo de receita pública, tanto que o par. 2º do art. 236 da CF/88 preceitua que *“Lei Federal estabelecerá normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro;*
5. aplicam-se a estes agentes as disposições do art. 40, II, da Constituição Federal (aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade).¹⁴⁴

10. O REGIME JURÍDICO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES.

Como se disse anteriormente, a questão da natureza jurídica do vínculo que se opera entre o Estado e a pessoa que exerce uma função pública é, nas palavras de André de LAUBADÈRE, “uma das mais clássicas controvérsias do Direito Administrativo”.¹⁴⁵ Problema maior ocorre quando se procura inserir uma determinada categoria fenomenológica, com um regime jurídico todo peculiar, em um perfil dogmático. Se nunca houve a aplicação integral de um regime jurídico a um instituto que, na prática, desenvolveu-se por meio de regimes especiais, tentar classificá-lo segundo padrões preestabelecidos é o mesmo que colocá-lo dentro de uma camisa-de-força.

Sustenta Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO que o Estado no exercício de sua função administrativa, “intervém nos atos e fatos da vida particular para lhes conferir certeza e segurança jurídica, ora

¹⁴⁴ Cf. STOCO, Rui. Responsabilidade Civil dos notários e registradores (Comentários à Lei 8.935, de 18.11.94), RT 714/49.

¹⁴⁵ **Manuel de Droit Administratif**. 4ª ed. 1995, p. 252, apud LUCENA, J. W. Regime Jurídico do Pessoal das serventias não oficializadas do Estado. RT 534/45.

diretamente, ora credenciando ou delegando a particulares esta função. Tal é a situação dos tabelionatos e cartórios” ¹⁴⁶

Oportuna é a lição de Edson Aguiar VASCONCELOS a esse respeito:

vê-se, pois, que, na dicção do art. 236, descentralização da função ou serviço notarial e registral se dá mediante delegação, ressalvando-se a lição do saudoso mestre HELY na parte referente à formalização do ato unilateral, que, no particular, é efetivado, não mediante permissão ou autorização - atos discricionários e precários - mas sim mediante admissão, que, na definição do mesmo insigne administrativista é ato vinculado pelo qual o Poder Público, verificando a satisfação de todos os requisitos legais pelo particular, defere-lhe determinada situação jurídica de seu exclusivo ou predominante interesse (ob. cit. pág. 166), **porquanto a norma constitucional condiciona a investidura na função delegada à aprovação em concurso público** [grifo nosso]. ¹⁴⁷

Em face das peculiaridades a que nos referimos, surge a seguinte indagação: é possível inserir os notários e registradores em um regime jurídico préexistente ou seria possível estabelecer para essa categoria de agentes públicos um regime jurídico próprio?

Conforme a lição de Raul Machado HORTA, “a palavra **regime** dispõe de largo alcance, servindo para indicar, no domínio das formas políticas, o conjunto das instituições que conferem dinamismo social à estrutura do Estado, e, nas relações do ordenamento jurídico, identificando o conjunto das normas aplicadas a uma situação ou determinada categoria, revelando direitos, obrigações e deveres.” No seu entender, o regime jurídico das serventias de ofícios da Justiça,

¹⁴⁶ **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta.** São Paulo: RT, 2^a. ed., 1987, p. 17.

¹⁴⁷ Natureza jurídica da função delegada - Estudo a propósito do artigo 236 da Constituição Federal. Revista de Direito - TJRJ, vol. 21, p. 54.

por projeção conceitual de termo consagrado na terminologia jurídica, há de ser amplamente entendido como o conjunto das normas jurídicas que organizam e regulam os seus poderes, direitos, garantias, obrigações e vantagens. É, em substância, o seu **estatuto**, utilizada essa expressão com o sentido que ela dispõe no Direito Positivo brasileiro, para abranger o tratamento global do regime jurídico de uma categoria (Estatuto dos Funcionários, Estatuto dos Militares, Estatuto do Magistério, Estatuto dos Estrangeiros).¹⁴⁸

O Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os demais tribunais da Federação entendem, de forma majoritária, que notários e registradores são servidores públicos. É necessário, portanto, antes de mais nada, avaliar a abrangência do conceito de *servidor público* e extrair dos ensinamentos doutrinários elementos que servirão para afastar essa tão propalada dualidade de regime jurídico na qual se debatem juristas, magistrados e notários.

10.1 O regime constitucional dos servidores públicos.

Existe um conjunto de normas constitucionais que integram o chamado regime constitucional dos servidores públicos, as quais, à primeira vista não oferecem dificuldade de interpretação. No entanto, pela leitura desses dispositivos, é fácil perceber a ausência de uma sistematização terminológica no que respeita ao conceito de servidor público. Com efeito a Constituição Federal possui uma linguagem imprecisa e, não raras vezes, necessita de uma maior cautela na sua interpretação no momento da efetiva aplicação de seus dispositivos.

Como bem adverte Celso Antônio BANDERIA DE MELLO, “o sentido de uma regra, o alcance de suas palavras, seu âmbito de abrangência, não se captam apenas de sua dicção isolada. Esta é muitas vezes incapaz de lhes conotar e denotar satisfatoriamente o conteúdo, pois a regra tem de ser compreendida em harmoniosa

¹⁴⁸ Regime Jurídico das Serventias de Justiça - Competência Normativa do Poder Judiciário. **Revista de Direito Público** 24/61.

articulação com as demais disposições existentes no corpo normativo em que esteja encartada”.¹⁴⁹

Adilson Abreu DALLARI afirma, igualmente, que não são homogêneas as normas atinentes aos servidores públicos, apresentando diferenças quer quanto à eficácia, quer quanto à sua aplicabilidade em relação a categorias de servidores do governo e de órgãos do Poder. Acrescenta que “o sentido de certas disposições constitucionais exigia uma complementação, a ser feita ou por meio de normas aplicáveis uniformemente à três esferas de governo (federal, estadual e municipal), ou através da legislação editada em cada pessoa jurídica de capacidade política (União, Estados e Municípios)”¹⁵⁰

Em vista disso, é conveniente relembrar algumas noções básicas, como a classificação de **agentes públicos** para precisar de forma clara o sentido da expressão servidor público.

10.2 Classificação de agentes públicos.

As principais classificações dos agentes públicos na doutrina pátria são as de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO e a de Hely Lopes MEIRELLES.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO classifica os agentes públicos em: agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com a administração.¹⁵¹

Sustenta que a expressão agentes públicos é a “locução mais ampla e compreensiva que se pode adotar para referir englobadamente

¹⁴⁹ **Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta**. São Paulo: RT, 1990, p. 39.

¹⁵⁰ Op. cit. p. 18.

¹⁵¹ Osvaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO dava ao conceito de agente público um alcance mais restrito: “o Estado pode realizar suas atividades; por intermédio de agentes públicos, ou por meio de particulares participantes de funções ou de serviços públicos”. Teoria dos Servidores Públicos. **Revista de Direito Público** nº. 1, p. 53, jul-set. de 1967.

as diversas categorias dos que, sob títulos jurídicos diferentes, atuam em nome do Estado.”¹⁵²

I. Agentes políticos: são os “titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder.”¹⁵³ Entre eles estão: o presidente da república, os governadores, os prefeitos e seus auxiliares, os deputados e os vereadores, todos mantendo uma relação jurídica com o Estado, de natureza institucional ou estatutária, haja visto que deriva diretamente da Constituição e das leis, de forma unilateral, não lhe cabendo, portanto, fazer oposição às mesmas. Tais agentes não comparecem como profissionais perante o Estado, mas como cidadãos, ou seja, membros da sociedade política.

II. Servidores públicos: são aqueles que “mantém com o Poder Público relação de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência”.¹⁵⁴

Os servidores públicos comparecem, então, perante o Poder Público, como profissionais, para prestar serviços em caráter não eventual, característica dos que trabalham em relação de dependência. Segundo essa classificação, são servidores públicos:

1. os servidores civis- existentes apenas na administração direta, nas autarquias e nas fundações públicas. Classificam-se em: a - *funcionários públicos*: titulares de cargos e submetidos ao regime estatutário; b- *empregados*: contratados por meio do regime da Consolidação das leis do Trabalho; c- *contratados*: somente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inc. IX, da CF);

¹⁵² **Regime Constitucional....p. 6.**

¹⁵³ Ibid. p. 8.

¹⁵⁴ Ibid. p. 9.

2. os servidores de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais não caracterizáveis como fundações públicas.¹⁵⁵

III. Particulares em colaboração com a administração: são aqueles agentes públicos que exercem uma função pública ou serviço público por: 1. requisição do Estado - jurados, prestadores do serviço militar, apuradores de votos em período eleitoral; 2. **conta própria e em nome do Estado** - locação civil de serviços ou delegação de função, ofício ou serviço público, como é o caso dos **tabeliães e titulares de serventias não oficializadas** e também dos diretores de faculdade, concessionárias, etc.; 3. vontade própria - gestores de negócios da coisa pública em situação de emergência.

Para CELSO ANTÔNIO, os titulares das serventias não oficializadas, isto é, os notários e os registradores, não são funcionários públicos e nem a eles se assimilam. São, sim, particulares em colaboração com a administração, na condição de **delegados de ofício público**, não se lhes aplicando as normas pertinentes a funcionários públicos, ante a dicção do art. 236.¹⁵⁶

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO adota a mesma classificação, definindo como particulares em colaboração com o poder público as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração, podendo fazê-lo por sob os seguintes títulos: 1. **delegação do poder público**; como se dá com os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os que exercem **serviços notariais e de registro** - art. 236, da CF -, os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos. Segundo a autora, os delegados do poder público exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob fiscalização do poder público, com remuneração que recebem pelos

¹⁵⁵ Ibid. p. 10

¹⁵⁶ Regime Constitucional ... p. 18.

terceiros usuários do serviço e não pelos cofres públicos. **2. requisição, nomeação ou designação e 3. como gestores de negócios.**¹⁵⁷

Maria Emília Mendes ALCÂNTARA adota o mesmo sentido para a expressão agente público, obtemperando, na seara do entendimento acima traçado, que “a interpretação correta para o termo funcionários é a de considerá-los como agentes públicos, compreendendo os Agentes Políticos, os Servidores Públicos e os particulares que desempenham funções do Estado”¹⁵⁸, salientando que agente público é tanto o servidor público típico, nomeado em caráter efetivo, como o funcionário admitido em caráter precário, ocupando cargo emprego ou função pública. E afirma, igualmente, que se inclui nesse conceito também a pessoa física ou jurídica que pratica atos ou exerce atividade pública por **delegação** do Estado.

Hely Lopes MEIRELLES adota outra classificação quanto aos chamados agentes públicos: são o gênero do qual é possível vislumbrar quatro espécies diferenciadas, que são os agentes **políticos**, os agentes **administrativos**, os agentes **honoríficos**, os **agentes delegados e credenciados**, importando aqui a distinção entre agentes administrativos e agentes delegados:

1. Agentes administrativos - “são todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas ou fundacionais por relações profissionais, sujeitas à hierarquia funcional e ao regime jurídico único da Entidade Estatal a que servem. E salienta, o mestre, que tais agentes “são investidos a título de emprego e com retribuição pecuniária, em regra por nomeação, e excepcionalmente por contrato de trabalho ou credenciamento”¹⁵⁹

¹⁵⁷ **Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 356-357.

¹⁵⁸ Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo. **Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais**. São Paulo: RT, 1988, v. 17 p. 27.

¹⁵⁹ **Direito Administrativo Brasileiro**, 25ª. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 69.

Os agentes administrativos constituem, assim, a imensa massa de prestadores de serviços que trabalham para a administração pública direta e indireta, os quais se subdividem, conforme o seu entendimento e de acordo com a Constituição Federal, em: a. servidores públicos concursados (art. 37, II); b. servidores públicos exercentes de cargos ou empregos em comissão titulares de cargo ou emprego público [sic] (art. 37, V); c. servidores temporários contratados por tempo determinado para atender necessidade de excepcional interesse público (art. 37, IX).¹⁶⁰

O distinção, portanto, desta classificação em relação à de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO está em que na de Hely Lopes MEIRELLES, os servidores públicos são uma subespécie da espécie agente administrativo, e esta é que deriva do gênero agente público, ao passo que, naquela outra, servidor público é espécie do gênero agente público.

2. Agentes delegados - Os agentes delegados, por sua vez, segundo a precisa lição de Hely Lopes MEIRELLES,

são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam **em nome próprio, por sua conta e risco** [grifo nosso], mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Esses agentes **não são servidores públicos** [grifo nosso], nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nessa categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que exercem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse público.¹⁶¹

¹⁶⁰ Ibid. p. 74.

¹⁶¹ Ibid. p. 76.

Extrai-se também da doutrina estrangeira que se trata de função pública exercida por particulares. Para Guido ZANOBINI, “una categoria molto più estesa di persone private investite di pubbliche funzioni è costituita da alcuni liberi professionisti: sopra tutto dai notari, dai procuratori legali, dagli avvocati, dai professionisti sanitari.”¹⁶²

Como se observa, é possível encontrar posicionamentos absolutamente opostos ao que foi até aqui colocado em matéria de servidor público. Muito provavelmente isso se deve ao fato de que o tema não é tratado com o rigor que merece, a despeito de sua relevância.

Afirma Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO que a questão é tratada de forma *confusa e assistemática*, sem discriminação dos diferentes conceitos, utilizando-se ora da expressão *funcionário público*, para abranger as várias categorias de agentes públicos, ora da “vaga, difusa e mágica expressão ‘funcionário público em sentido amplo’, cujos contornos exatos jamais são indicados”. E complementa: “bem por isso, a expressão é usada ao alvedrio de quem a utiliza, adquirindo, em consequência, aquele préstimo ilimitado e miraculoso de alguns conceitos cuja vacuidade lhe garante permanência e prestígio, como bem observam, a propósito de diferentes questões, Kelsen, invocando Mauthner (Teoria General del Estado, Madri, 1934, tradução de Luiz Legas Lacambra, pág. 3, e Waline, Droit Administratif, 1963, págs. 75-76).”¹⁶³

Com efeito, se se adota terminologia vaga, imprecisa, dúbia, não há como classificar uma categoria, incluí-la em um sistema de normas ou em um regime jurídico. É necessário enfrentar o problema sem melindres e sem o receio de contrariar jurisprudência assentada.

¹⁶² **Corso di Diritto Amministrativo**. 4ª. ed. Milano: Giuffrè, 1949, v. 3., p. 317. A respeito, vide também: ZANOBINI, G. **Corso...** 1ª ed. Milano: Giuffrè, 1936, p. 168 e ss. e 180; CAPACCIOLI, E. **Manuale di Diritto Amministrativo**. Cedam, 1980, p. 228 a 230; ALLESSI, R. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. 3ª. ed. Milano: Giuffrè, 1960, p. 38-39.

¹⁶³ Op. cit, p. 18.

Na verdade, encontrar um paradigma em que a doutrina e a jurisprudência possam encontrar a fonte para a solução de casos concretos não é tarefa fácil, mesmo porque o assunto já se encontra em um nível politicamente delicado e tradicionalmente polêmico, especialmente quando o assunto é *aposentadoria e responsabilidade civil*.

De qualquer forma, é desafiador o trabalho, e é necessário enfrentá-lo antes de simplesmente classificar tais agentes públicos como servidores públicos, posição esta tecnicamente insatisfatória e contrária, como se viu, aos conceitos basilares do direito público.

Argumente-se que, se notários e registradores são servidores públicos, por que o legislador ordinário expressamente previu que as funções a eles atinentes seriam executadas mediante delegação?

Walter CENEVIVA afirma nesse sentido que “a qualidade de delegado decorre da outorga pelo Estado, que o habilita ao exercício da função estatal”, acrescentando que “sob esse aspecto, distingue-se do servidor civil de que trata o art. 39 da Constituição, posto que estranho à administração pública direta, às autarquias e fundações públicas.” E, logo a seguir, conclui, sustentando a condição de agente público dos serventuários em questão:

No regime da Carta de 1946 e nos textos impostos em 1967 e 1969 havia a distinção entre a espécie **funcionário público** e o gênero **agente público**. [grifo do original] A carta de 1988 passou a referir servidor público, distinguindo do agente público e do trabalhador privado. O titular da serventia de registro ou de notas é agente público: atua o poder do Estado, razão por que este o sujeita a fiscalização e controle segundo métodos próprios da pública administração, mesmo sendo exercente de atividade com caráter privado.¹⁶⁴

¹⁶⁴ **Lei dos Registros Públicos Comentada**. 12^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 52.

Não se pode olvidar que a administração pública se vale de variadas formas para que os serviços públicos sejam realizados a contento.

Assim, muito embora os servidores públicos constituam a mais importante categoria de agentes públicos, “não são eles os únicos, mas apenas uma espécie, dentro da variedade tipológica de pessoas que servem de veículo de expressão de atribuições estatais”, como afirma, com propriedade, Ruy STOCO,¹⁶⁵ e conforme já foi exposto acima, quando foram examinadas as classificações de agentes públicos.

Em artigo publicado em 1983, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, discorrendo sobre serventias não oficializadas, externou enfaticamente o seu posicionamento no sentido de que não haveria mais a menor possibilidade de se confundir titular de *tabelionato ou cartório não oficializado* com funcionário público, procurando afastar toda e qualquer dúvida, estabelecendo um silogismo com os conceitos de funcionário público e de cargo público.

Argumentou o administrativista que “sem saber o que é cargo público não se pode saber o que é funcionário público”¹⁶⁶, em vista do que dispunha a Lei 1.711/52 (antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), segundo a qual “funcionário é a pessoa legalmente investida em cargo público” (art. 2º). Asseverava, então, Bandeira de Mello que “só se poderá considerar funcionário público quem for legalmente investido no que a lei qualifica de cargo público”, salientando que o próprio art. 2º estabelece que “cargo público é aquele criado por lei, com denominação própria em número certo e pago pelos cofres da União”. E concluiu, referindo-se aos funcionários do Estado paulista, que somente seriam funcionários aqueles “legalmente investidos nas unidades indivisíveis criadas por lei, em número certo, com o nome de cargos, denominações especificadas, quantidades determinadas e retribuídos pelos cofres do Estado de São

¹⁶⁵ Responsabilidade Civil dos notários e registradores. RT 714/44.

¹⁶⁶ Serventias não oficializadas. RDP 80/45.

Paulo”, já que tal conceito deveria se aplicar ao referido Estado na falta de norma estadual definidora do que fosse funcionário público.¹⁶⁷

E eis aqui o silogismo: **“o funcionário é retribuído pelos cofres do Poder Público. Não o sendo não é funcionário - que assim a lei o estabeleceu. Os titulares de Tabelionatos e Cartórios não oficializados não são retribuídos pelos cofres do Poder Público - mas por taxas e emolumentos cobrados dos usuários - logo, não são funcionários públicos.”**¹⁶⁸

Transportando o entendimento para a situação jurídica atual, o mesmo raciocínio caberia para servidor público e cargo público, eis que foram definidos, pela Lei 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União), nos mesmos termos da lei paulista acima mencionada.¹⁶⁹

Estaríamos, conseqüentemente, diante do mesmo silogismo, e não haveria a menor dúvida de que os notários e registradores não são servidores públicos. Porém, este não é o melhor caminho, não obstante o peso do conhecimento jurídico de quem o externou.

Na verdade, a questão de ser ou não remunerado não estabelece as distinções que almejamos, já estando generalizado o entendimento de que a forma de pagamento não desnatura o cargo público. Da mesma forma, o fato de notários e registradores obterem a sua remuneração por meio de emolumentos pagos pelos usuários dos serviços por eles prestados, não os afasta, por si só, da categoria de servidores públicos.

¹⁶⁷ Segundo Celso Antônio a noção de funcionário público que oferecia o Estatuto paulista (Lei 10.261/68) era uma noção vazia, oca, “porquanto após repetir a noção do Estatuto Federal de que funcionário é a pessoa legalmente investida em cargo público, afirma que cargo é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário. É dizer: remete a noção de funcionário à de cargo e remete a noção de cargo à de funcionário! (...) Segue-se que a identificação do funcionário público estadual tem de ser feita tomando como parâmetros referenciais analógicos aos estabelecidos na lei federal”(ibid. p. 46).

¹⁶⁸ Ibid. p. 46.

¹⁶⁹ “Para efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público” (art. 2º. da Lei 8.112/90); “Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor” (art. 3º).

Alaim de ALMEIDA CARNEIRO, a respeito do assunto, afirma que

nada justifica, realmente, que se abandone a análise ontológica, que nos conduz a examinar a natureza mesma da função, para adotar critério meramente formal (a forma de pagamento), que há de ser secundário na caracterização jurídica (...) De fato. A simples percepção de custas não é suficiente, por si só, para retirar a qualidade de funcionário, de quem a tenha, nem a forma ou espécie de remuneração podem caracterizar a natureza do vínculo jurídico.¹⁷⁰

10.3 Um regime jurídico híbrido.

Considerando afastada a possibilidade de os oficiais de registro e de notas serem servidores públicos, qualidade essa, aliás, que os mesmos vêm ostentando no Brasil ao longo dos anos (mais propriamente sob a expressão funcionário público), impõe-se, racionalmente, a atribuição da natureza jurídica da sua profissão.

Formalmente previu o legislador constituinte que: "os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público."¹⁷¹ E o fato é que toda a conceituação doutrinária sobre delegação pública leva à conclusão de que notários e registradores não são servidores públicos.

Convém lembrar a lição do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ilmar GALVÃO, que assim se pronunciou no julgamento do Recurso de Mandado de Segurança nº 712 de 22.5.91:

Sr. Presidente, ouse divergir do eminente Relator, no ponto do seu voto onde é afirmado que a delegação prevista nesta nova Constituição, para os serviços notariais e ofícios de registro, será exercida por servidores públicos.

¹⁷⁰ Os serventuários da Justiça - sua situação jurídica. RDA 3/451-452, apud LUCENA, W. J. Regime Jurídico do pessoal das serventias não oficializadas do Estado. RT 534/49.

¹⁷¹ Art. 236, *caput*, da CF.

É que o delegado de função pública, até onde sabemos, é o particular, nunca o servidor. **Se estivermos diante de servidor público, exercendo função pública, não estaremos nunca diante de delegação** [grifo nosso].

Pelo regime da atual Constituição, pois, não se poderá exigir de quem vai exercer essa delegação, a condição de servidor público. Se esse requisito for posto, não haverá delegação.

O artigo 236 deverá ser regulamentado. A regulamentação dirá como serão formalizadas essas delegações, quais os requisitos exigidos para os delegados, quais as condições para o exercício da função delegada, especialmente no que concerne à idade, até quando poderá ele servir.

Acompanhando o referido voto o Ministro José de JESUS FILHO acrescentou: “também entendo que a delegação não cria o status de funcionário público quando se delega a terceiros, a particulares. Não se pode delegar ao funcionário público uma função pública, que ele deverá exercer em função do cargo. Mas, não sendo auto-aplicável, caímos na disciplina do regime anterior.”¹⁷²

De fato, o servidor público que esteja no exercício das funções inerentes ao cargo para o qual foi nomeado, não exerce, em hipótese alguma, a mesma função por delegação. Poderá, sim, o Poder Público delegar poderes ao servidor público para exercer, em caráter excepcional, determinada função diversa daquela legalmente prevista para o cargo que ocupa. “E é simples concluir que, não fora pública a função exercida e não haveria necessidade de delegação. O Poder Público apenas delega aquilo que detém.”¹⁷³

O art. 1º Lei 8.935/94 dispõe que os “serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.” E do art. 3º extrai-se que “notário, ou tabelião, e oficial de

¹⁷² RDA 186/198.

¹⁷³ NALINI, J. R. In A responsabilidade civil do notário. RJTJESP 130/19.

registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.”

A esses agentes delegados, a lei atribui a chamada fé pública para a prática de atos próprios dos ofícios. Como mencionado acima, o Poder Público não precisa delegar aos servidores públicos uma função que lhes é própria, específica e exercida regularmente, porque os atos por eles praticados possuem eficácia e segurança, independentemente da atribuição legal da fé pública. Por exemplo, com os serventuários do foro judicial, os quais, mediante concurso, exercem as funções dos cargos de escrivães sem necessitarem de **juramentação**¹⁷⁴ para a prática de atos próprios das serventias. Isso porque todo ato administrativo possui força própria, ou seja, goza da **presunção de legitimidade** decorrente do princípio da legalidade da Administração, só podendo ser desconstituído mediante provocação do impugnante a quem cabe o ônus de provar a invalidade do ato praticado.¹⁷⁵ Com efeito, conforme observa José CRETELLA JÚNIOR, “como consequência da aplicação do **princípio da legitimidade**, todos os atos administrativos são conforme o direito”.¹⁷⁶

Notários e registradores exercem, então, uma função pública em caráter privado, por delegação do Poder Público, que lhes é entregue, todavia, somente após a aprovação em concurso público de provas e títulos e desde que preencham os requisitos exigidos pela Lei 8.935/94, em seu artigo 14 e incisos - nacionalidade brasileira, capacidade civil, quitação com as obrigações eleitorais e militares, diploma de bacharel em direito e verificação de conduta condigna para o exercício da profissão.

Além disso, nos termos do mesmo diploma legal, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é atribuída a função de

¹⁷⁴ A juramentação é o ato pelo qual se atribui fé pública ao serventuário para que este possa legitimamente praticar os atos próprios de seu ofício.

¹⁷⁵ Cf. MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro...** p. 148.

¹⁷⁶ **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio: Forense, 1983, v. 1, p. 42

garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos, gozam de independência no exercício de suas atribuições, exercendo a função delegada por sua própria conta e risco, mas sujeitos a constante fiscalização do poder delegante, e recebem a remuneração por meio dos emolumentos percebidos, integralmente, pelos atos praticados na serventia.

Cumprе observar, de outra parte, que os agentes delegados pertencem à administração descentralizada, não se submetendo ao regime jurídico dos servidores públicos que integram a administração direta e indireta.

De fato, o art. 236 da Constituição atribuiu ao legislador ordinário as tarefas de regular as atividades, disciplinar a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, definir a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário, bem como fixar regras para a fixação de emolumentos relativos aos atos por eles praticados, possibilitando, assim, a criação de um estatuto próprio para regê-los.

Já os servidores públicos da administração direta submetem-se ao regime jurídico próprio - os da União, são regidos pela Lei n. 8.112/90 (o art. 243, par. 5º., estabelece que o regime jurídico desta lei é extensivo aos serventuários da Justiça, *remunerados com recursos da União*), os dos Estados-membros pelos respectivos estatutos dos servidores públicos e códigos de organização judiciária.

Percebe-se, por isso, que os notários e registradores estão vinculados a um regime jurídico bastante peculiar. São **delegados** do Poder Público, gozam de independência no exercício de suas atribuições, possuem estatuto próprio, composto pela Lei 8.935/94 e por todas as demais leis esparsas e regulamentos que disciplinam a sua atuação, não se submetendo ao regime jurídico dos demais servidores públicos. No entanto, como o acesso depende de concurso público, para uma boa parte da jurisprudência sujeitam-se ao artigo 40 da Constituição Federal, que estabelece a aposentadoria compulsória para os servidores públicos. Porém, não poderiam ser classificados

como servidores públicos. Traduz uma incoerência atribuir a delegado de função pública a natureza de servidor público. Na verdade, a Constituição Federal, na busca de uma expressão que pudesse ser a mais abrangente possível para designar o rol daqueles que, direta ou indiretamente, prestam serviço ao Estado, optou pela expressão agente público. Por isso, é lícito afirmar que esses profissionais estão inseridos na administração descentralizada¹⁷⁷, na qualidade de particulares em colaboração com o poder público, atuando fora do aparelho estatal.

É sabido que a descentralização se opera mediante outorga ou delegação. Nesta, "o Estado transfere por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal."¹⁷⁸ Assim, é possível afirmar que a atual Constituição Federal ensejou a criação de uma nova espécie de formalização da delegação: a *aprovação em concurso público de provas e títulos* como condição para a investidura na atividade notarial ou registral. E, como a formalização da delegação para notários e registradores se processa por intermédio da *admissão por concurso público*, conforme norma constitucional expressa, a Lei 8. 935/94, em seu art. 35, garantiu-lhes a estabilidade, o que significa que a perda da delegação só decorrerá de processo administrativo com ampla defesa (art. 41 e par. 1º da CF). Por igual razão, estão proibidos de exercer a advocacia, de intermediar os seus serviços ou de exercer quaisquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Conforme o entendimento de Sérgio de Andréia FERREIRA, mais propriamente na chamada descentralização **por cooperação**, por existir a co-participação do Estado na atividade delegada, já que é este quem cria os cargos de oficiais de notas e de registro (op. cit. p. 80-81).

¹⁷⁸ Cf. MEIRELLES, H. L. op. cit. p. 317.

¹⁷⁹ Cf. art. 25 da Lei 8.935/94.

10.4 O significado da expressão caráter privado - O binômio tensivo serviço público - gestão privada.

A primeira indagação que surge, quanto à interpretação do sentido da norma constitucional em análise, diz respeito à essência do serviço prestado pelo notário e pelo registrador.

Seguramente, a intenção do legislador em estabelecer o caráter privado para o exercício da função não a equipara à das casas de comércio, em que os proprietários fixam o horário de funcionamento e o preço de seus serviços.¹⁸⁰

Ocorre que o Constituinte não foi claro a respeito do assunto porque instituiu para os notários e os registradores um regime jurídico com normas fundamentadas em três situações, que podem parecer, a princípio, antagônicas: a **delegação do serviço**, o **concurso público** e a subsunção ao **regime de previdência geral**.

Esperava-se que a lei federal regulamentadora surgisse para conciliar esses dispositivos constitucionais, mas tudo indica que veio, na verdade, provocar mais polêmica. José Renato NALINI e Ricardo Marques DIP, afirmam que “a crise inaugurada com a vigência do art. 236 da CF e rapidamente aprofundada com a Lei 8.935 de 18.11.94, pode dizer-se que é uma ‘crise de identidade’ institucional”, crise essa que é própria da “complexidade de seu objeto, mas também e muito dependente da aptidão investigatória e decisória dos operadores jurídicos”.¹⁸¹

As modificações de caráter estrutural ocorridas com os notários e registradores levaram, até mesmo, ao reconhecimento da transformação dessa categoria profissional em verdadeira *instituição*.

¹⁸⁰ A respeito, MONTENEGRO JÚNIOR, E. Breves Anotações ao Novo Estatuto dos Notários e Registradores Públicos. RT 739/96.

¹⁸¹ Segundo José Renato NALINI, “se o preceito do art. 236, da CF/88, dando o tom de uma uniformização - ao menos, para uma afinação provisória - do direito organizacional dos registros públicos e das notas, propiciara os elementos de uma crise de compreensão institucional, a lei regulamentadora da referida regra da Constituição pode atribuir-se a função de catálise dessa crise. As dificuldades nesse campo são agora vistosas e, não raro, admitidas a peito aberto”. A nova lei de serviços notariais e de registro. RT 717/23.

Décio Antônio ERPEN sustenta que a análise profunda da natureza das atividades notariais e de registro leva à conclusão de que estamos diante de “verdadeira instituição, entidade do Estado, corpo social, independente, não integrante do governo ou de outro Poder político (...)” esclarecendo que a **instituição** representa, em outras palavras, a organização pré-jurídica, “caracterizadora do Estado de Direito anterior à sua definição pela norma.”¹⁸²

Para tanto, baseia-se no entendimento de que a **delegação** não afasta a autonomia dos serviços notariais e registrais, afirmando que, “ao analisar essa figura, a doutrina enfatiza que passa a ter o delegado ‘competência própria gerada pela delegação’ e, embora atuando em consequência da delegação recebida, ‘o delegado age, autonomamente, segundo seu próprio entendimento’” (“Repertório enciclopédico do Direito Brasileiro, J.M. CARVALHO DOS SANTOS, 15/156).” Lembra, igualmente, o autor, a lição de U. POTOTSCHNIG, segundo o qual o delegado “deve dispor de uma certa margem de autonomia própria, para o exercício das funções a ele transmitidas”.¹⁸³

E ainda, com respaldo na constatação de que é por intermédio da atuação dos serviços notariais e registrais que se adquire a segurança das relações negociais, atuando preventivamente dentro da organização social contra conflitos de diversas ordens, assegura, o autor, que tal categoria de profissionais representa a mais moderna instituição, à semelhança de entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil e o Ministério Público, estando a serviço de um dos valores supremos do Direito, a segurança jurídica, instituição essa “voltada tipicamente para a comunidade, daí porque afastada a sua sujeição a qualquer tipo de órgão vinculado ao governo.”¹⁸⁴

Cristiano GRAEFF JUNIOR, sem referir-se ao aspecto institucional, sustenta, todavia, que “a remuneração dos serviços

¹⁸² A atividade notarial e registral: uma organização social pré-jurídica. Porto Alegre: **AJURIS**, v. 22, n. 63, p. 270-3, mar.1995.

¹⁸³ Ibid. p. 270-271.

¹⁸⁴ Ibid. p. 272.

prestados - exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público - corre inteiramente por conta dos particulares, seus únicos interessados, e são de natureza privada - exercidos em **caráter privado**". Para o jurista, a fixação do preço dos serviços pelo Poder Público em atividade privada já se generalizou, como ocorre com as mercadorias de produção nacional ou importadas para consumo interno, e considerando a fixação de tarifas ou preços cobrados diretamente por concessionárias. Conclui salientando que "o número de tabelionatos ou cargos de notários é fixado em lei, que considera as necessidades da população usuária, como o faria para instalar uma estação rodoviária ou ferroviária."¹⁸⁵

Em sentido oposto, Eurico MONTENEGRO JÚNIOR, em artigo publicado na Revista dos Tribunais, garante que se trata de um serviço público e, como tal sujeito à fiscalização do poder delegante. Segundo o magistrado, os serviços notariais e registrais, "como realizadores de atividades de caráter público delegados pelo Estado, nada mais são do que concessões do Poder Público e como tal devem obedecer as regras gerais deste". Ressalta, ainda, que esses oficiais "estão obrigados a fornecer aos seus usuários serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos"¹⁸⁶, fazendo menção ao artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor e ao artigo 175, par. único, inciso IV da Constituição Federal. Conclui, asseverando que esses serviços estão afastados do princípio da livre concorrência e das oscilações do mercado.

De igual modo, Walter CENEVIVA observa que a "atividade registrária, embora exercida em caráter privado, tem características típicos de serviço público", salientando que as serventias são órgãos incumbidos pelo Estado de "receber, conferir e transpor para seus

¹⁸⁵ Assim o faz com fundamento em Villalba WELSH para quem "la intervención del notario se da exclusivamente en beneficio de particulares y para legítimas relaciones de natureza privada". In A natureza jurídica dos órgãos notarial e registral. **AJURIS** 71/86.

¹⁸⁶ Breves anotações ao novo estatuto dos notários e registradores públicos. RT 739/96-97.

registros declarações e negócios jurídicos dos interessados”.¹⁸⁷ Nessa linha, sustenta que a delegação de que trata o art. 236, é administrativa, atribuída pelo Poder Executivo a prestadores de serviço público. Trata-se, segundo ele, de atribuição de uma atividade própria da administração a um ente privado (pessoa natural ou jurídica) ou público.¹⁸⁸

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, os serviços notariais e de registro correspondem, em si mesmos, a uma atividade *estatal, pública*, e o fato de serem desempenhadas por terceiros não lhes destitui tal qualidade, mas, “pelo contrário, confirma-lhes dita natureza, pois, *nemo transfere potest plus quam habet*.”¹⁸⁹

Referindo-se ao artigo 236 da Constituição Federal, Ricardo Henry Marques DIP explica que o legislador estabeleceu uma relação de ambigüidade entre serviço público e exercício privado da função, criando um “binômio tensivo serviço público - gestão privada”.¹⁹⁰ Esclarece que, assim como existem princípios supranormativos, ou seja, anteriores à norma - como, por exemplo, no plano do direito registral, a segurança jurídica e a independência do registrador -, existem princípios endonormativos, princípios esses que “a própria lei consagra para, a partir do seu enunciado, reger tudo mais que diz

¹⁸⁷ **Lei dos Registros Públicos comentada**. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6. O autor define a delegação do art. 236 como um “ato administrativo complexo (compreende desde o concurso público até a outorga) enquanto meio criado pelo direito para permitir a atuação do interesse público através de prestador de serviço de caráter privado, habilitado para a prática e atos cuja competência lhe é atribuída por lei” (ibid, p. 7).

¹⁸⁸ Walter CENEVIVA lembra que “o Estado tem a faculdade de realizar serviços públicos (como o faz no registro de comércio), consoante orientação também adotada em outros países”, e sustenta que “a Carta Magna atribuiu mencionada faculdade, em casos determinados, a agentes privados, conforme a previsão do art. 236. Assim, a administração: a) passa a atuar fora de seus quadros, certo que o registrador e o notário nunca são servidores da administração direta; b) legitima os delegados para a prática de atos que regulam interesses privados ou da própria administração, dando-lhes eficácia” (ibid. p. 6-7).

¹⁸⁹ A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registros e para delegação para provimento desses serviços. **Revista de Direito Imobiliário** 47/197.

¹⁹⁰ Aposentadoria Compulsória de Registradores e Notários. **Revista de Direito Imobiliário** 47/195.

respeito a uma correspondente instituição ou situação.” Segundo o jurista, o primeiro princípio endonormativo do art. 236 é o de que o serviço de registro e de notas é *público*. Isso não significa que é estatal, mas que tem por escopo a consecução de um *fim público*: “a administração pública de interesses privados, cujo objeto material é um direito privado e não um direito público.” O segundo princípio endonormativo do art. 236, que se encontra íntima e dinamicamente ligado ao primeiro, é o da *gestão privada* dos registros e das notas – onde reside, segundo Ricardo DIP, a tensividade com o serviço público: o fato de que a gestão registral é privada no Brasil.¹⁹¹

Antes compreendidos pela doutrina tradicional entre os *auxiliares da justiça* - órgãos secundários que cooperam na administração desta -, os notários e os registradores, no entender de Moacyr Amaral SANTOS, foram excluídos dessa classificação pela doutrina contemporânea dominante porque não exercem atividades inerentes às que se realizam no processo, haja vista que, na qualidade de órgãos do foro extrajudicial, “sem embargo de serem investidos da fé pública, como o são os do foro judicial, não realizam atividades processuais, mas sim atividades outras concernentes à tutela administrativa de interesses privados.”¹⁹²

Afirma, igualmente, o processualista, que, mesmo exercendo a atividade autonomamente, relacionam-se com os principais órgãos do Poder Judiciário, por se acharem a estes sujeitos no campo disciplinar. De outra parte, “pela sua participação na formação, documentação e publicidade dos atos jurídicos privados de maior significação e importância, aos quais transmitem a fé pública de que são investidos, tais órgãos exercem funções concernentes à prova daqueles atos com repercussão especial na prova judiciária.”¹⁹³

¹⁹¹ Ibid., p. 194.

¹⁹² **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995, 18ª. ed., vol. 1, p.133.

¹⁹³ Ibid., p. 134.

Esses profissionais atuam, assim, tanto na proteção administrativa de interesses privados, quanto na formação da prova judiciária. E a circunstância de estarem investidos de fé pública, os coloca em posição de fundamental importância na ordem judiciária, de modo que, se não atuam diretamente no processo, o fazem de forma indireta, assumindo a responsabilidade pela autenticidade dos documentos instrutórios.

Nos termos da Lei 8.935/99, notários e registradores são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício das atividades notarial e de registro. E a mesma Lei define os serviços notariais e de registro como os de organização técnica e administrativa, destinados a garantir a publicidade, a autenticidade, segurança e a eficácia dos atos jurídicos.¹⁹⁴

À vista desses preceitos, infere-se que esses profissionais prestam um serviço público e, como tal, sujeitam-se à fiscalização do poder delegante. A gestão privada do serviço é delimitada pela própria delegação, que submete os notários e os oficiais de registro ao regime jurídico administrativo e aos princípios constitucionais que informam o direito público. Com efeito, segundo a definição de Hely Lopes MEIRELLES, agentes delegados “são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante.”¹⁹⁵

Sob essa ótica, fica eliminada, portanto, a possibilidade de os oficiais de notas e de registro submeterem-se ao regime jurídico que deve reger os servidores da administração direta, autárquica e fundacional. Conseqüentemente, resta também afastada a sujeição

¹⁹⁴ Cf. art. 1º. e 3º. São eles, os “tabeliães de notas, os tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos, os tabeliães de protesto de títulos, os oficiais de registro de imóveis, os oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, os oficiais de registro das pessoas naturais e de interdições e tutelas e os oficiais de registro de distribuição” (cf. art. 5º.).

¹⁹⁵ **Direito Administrativo Brasileiro**, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.75.

desses profissionais à aposentadoria por implemento de idade estabelecida no artigo 40 da Constituição Federal.

Todavia, posto que a Constituição Federal impôs a obrigatoriedade do concurso público de provas e títulos, necessário se faz examinar, ainda, se esses profissionais, após a respectiva aprovação, são investidos em *cargo público* ou em *função pública*.

E isso porque, em abono à tese de que notários e registradores não se submetem à aposentadoria compulsória, sustenta-se que a Constituição Federal refere-se expressamente a *serviços, atividades e serventias* e não a *cargo público*, e que tanto a Lei 8.935/94 como as leis estaduais que regulamentam os serviços utilizam os mesmos termos, o que levaria à conclusão de que não se trata, efetivamente, de *cargo público*, mas de *função pública*. Assim sendo, por não ocuparem cargo mas por exercerem função pública, não estariam sujeitos à aposentadoria aos 70 anos de idade, como os demais servidores públicos.

Efetivamente, a Constituição Federal não menciona o termo *função* no dispositivo que trata dos serviços notariais e de registro (art. 236 e parágrafos) e nem mesmo a Lei 8.935/94 faz qualquer menção ao termo. Com efeito, tanto a lei federal quanto os Códigos de Organização e Divisão Judiciárias, que regulamentam a atividade nos Estados da Federação, aludem especificamente a *atividade, serviço* ou, ainda, em *titularidade*, mas em nenhum momento, a *função*.

Por outro lado, no Título IV, Capítulo III, que trata do **Poder Judiciário**, o legislador constituinte estabeleceu a competência privativa dos tribunais para "*prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo primeiro, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei.*"¹⁹⁶

Estabeleceu-se, também, no inciso II, letra *b* do artigo 96 que compete privativamente ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais

¹⁹⁶ Art. 96, inc. I, alínea e, de acordo com a redação dada pela Emenda Constitucional. n. 19, de 4.6.1998.

Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo a “criação e a extinção de **cargos** [grifo nosso] e a remuneração de seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, ressalvado o disposto no art. 48, XV.”¹⁹⁷ Sob essa ótica, a de que se trata de auxiliares da Justiça, poder-se-ia concluir que os oficiais de registro e de notas, ocupam cargo público e não função pública. A solução, todavia, não é tão simples quanto pode parecer. A matéria ainda é alvo de grande polêmica, dada a natureza *sui generis* que a própria Constituição deu aos oficiais em questão, ao exigir concurso público de provas e títulos para o exercício de atividade *delegada* (exclusivamente para os notários e registradores). Defrontam-se aqui, na verdade, dois institutos de direito administrativo a princípio antagônicos, a **delegação** e o **concurso público**, posto que não se conhece no sistema jurídico vigente um paradigma desse tipo de delegação que se opere mediante concurso público de provas e títulos.

Denota-se, inclusive, da análise desses dispositivos em cotejo com o art. 236, que o legislador foi coerente à regra do concurso público para ingresso na administração pública indireta - e não apenas direta - conforme exigência expressa do art. 37, *caput* e inc. II.

10.5 A atividade notarial e de registro - Cargo público e função pública - Traços distintivos - Conclusões acerca do limite de idade para o exercício da função - A repercussão nos tribunais da Emenda nº. 20 de 15.12.98 - A competência para delegar, criar e extinguir os serviços notariais e os de registro.

Para uma perfeita classificação dos notários e dos registradores, é mister, assim, uma breve reflexão acerca do conceito de função pública. Não se pode olvidar que o termo função tem uma destinação específica em direito administrativo. Função significa a “atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria

¹⁹⁷ Cf. redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998.

profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços **eventuais** [grifo nosso], sendo comumente remunerada através de *pro labore*.”¹⁹⁸

As funções, segundo a unanimidade da doutrina, são, por natureza, transitórias, justamente porque estão voltadas para o atendimento de serviços transitórios. Somente aquelas vinculadas aos respectivos cargos são permanentes. Daí, no dizer de Hely Lopes MEIRELLES, que “todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo”.¹⁹⁹

A esse respeito, e no mesmo sentido, é a lição precisa de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, que afirma: “ao lado do cargo e do emprego, que têm uma individualidade própria, definida em lei, existem atribuições também exercidas por servidores públicos, mas sem que lhes corresponda um cargo ou emprego. Fala-se, então, em função dando-se-lhe um conceito residual: é o conjunto de atribuições às quais não correspondem um cargo ou emprego.”²⁰⁰ E esclarece mais adiante que, perante a Constituição atual, quando se fala em função, é necessário ter em vista dois tipos de situações:

1. a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, para as quais não se exige, necessariamente, concurso público, porque à vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento (...);
2. as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o

¹⁹⁸ MEIRELLES, H. L., op. cit., p. 380.

¹⁹⁹ E o mestre ressalta a lição sustentando que as **funções permanentes** da Administração devem ser desempenhadas pelos titulares de **cargos**, e as **transitórias**, por servidores designados, admitidos ou contratados precariamente. Os servidores podem estabilizar-se nos cargos, mas não nas funções. Não obstante a validade desse princípio, muitas leis vinham dando estabilidade a servidores exercentes de funções, que, por natureza, são transitórias. Para liquidar de vez com essa aberração administrativa foi que o constituinte, desde 1967, passou a vincular a estabilidade à prévia aprovação em concurso público, requisito essencial para o preenchimento dos cargos de provimento efetivo” (ibid., pg. 361).

²⁰⁰ **Direito Administrativo**. 3^a. ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 309.

legislador não crie o cargo respectivo; em geral são funções de confiança, de livre provimento e exoneração; a elas se refere o artigo 37, V, ao determinar que 'os cargos em comissão e as **funções de confiança** serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei'. Também se faz referência a elas no artigo 19, par. 2º., das disposições transitórias para excluí-las da estabilidade excepcional concedida por esse dispositivo.

Com isso, fica explicada a razão de ter o constituinte, no artigo 37, II, exigido concurso público só para a investidura em cargo ou emprego; nos casos de função, a exigência não existe porque os que a exercem ou são contratados temporariamente para atender as necessidades emergentes da Administração, ou são ocupantes de funções de confiança, para as quais não se exige concurso público.²⁰¹

Finalizando a questão, merece destaque a posição externada por Adilson Abreu DALLARI, para quem o provimento de funções não correspondentes a cargos ou empregos configura "risco de se retomar à situação anterior, de burla à regra do concurso público".²⁰²

²⁰¹ Ibid., p. 310.

²⁰² "Claro está que, se o legislador puder criar livremente funções não correspondentes a cargos, esse fato, somado à interpretação literal do texto constitucional, com o costumeiro desprezo generalizado pelos princípios constitucionais, praticamente aniquilará a regra do concurso público. É preciso tomar como ponto de partida que a manifestação inequívoca de vontade que emerge do texto constitucional é no sentido de que estão vedadas admissões, contratações ou nomeações livres, salvo nos casos expressamente previstos no próprio texto, ou de impossibilidade de utilização de processos seletivos.

Entendido isto, fica também perfeitamente claro que não mais é possível a criação de funções não correspondentes a cargos ou empregos, ou, pelo menos, não relacionados a cargos e empregos existentes. Ou seja, a função somente pode compreender dois significados: a) conjunto de atribuições inerentes a um determinado cargo ou emprego; b) conjunto de atribuições especiais, extraordinárias, cujo volume não justifica a criação de cargo ou emprego e que, por isso mesmo, pode ser conferido a quem seja funcionário ou empregado, mediante uma retribuição adicional. Isto é o que se denomina de função gratificada. (...) Em resumo: a inerência do servidor ao serviço público doravante somente pode ocorrer mediante a vinculação a dois elementos: ou cargo, ou emprego; terceiro prejudicado. Fique perfeitamente claro que não é lícito o ingresso de pessoal na administração direta ou indireta, em caráter permanente, sem a prévia criação do cargo ou emprego" (**Regime Constitucional dos Servidores Públicos**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 1992, p. 39-41).

Sob esse ponto de vista, poder-se-ia concluir que se afigura uma impropriedade afirmar que notários e registradores exercem função sem o cargo correspondente, posto que a atividade que exercem não se destina a atender a situações *temporárias* ou *transitórias*. Além disso, não são eles investidos em caráter precário, e possuem, ainda, nos termos do art. 35, inc. I e II da Lei 8.935/94, a prerrogativa da **estabilidade** que assegura “a perda da delegação somente através de sentença judicial transitado em julgado ou de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa.”

Em vista do exposto, não se pode atribuir apenas à jurisprudência a responsabilidade pela criação de situações híbridas para a solução de casos concretos. Nesse caso, foi o próprio legislador que estabeleceu a forma **delegada** de prestação de serviço público condicionada à aprovação em **concurso** público de provas e de títulos.

Como conciliar essa aparente discrepância? Na verdade, o que fez o constituinte foi apenas formalizar uma situação que já estava consolidada em nosso sistema. Desde a Constituição de 1967, com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, o concurso público já era condição para o exercício da atividade notarial.²⁰³ De outra parte, esse exercício já era executado por esses mesmos agentes públicos por sua conta e risco, e pertencendo às chamadas *serventias* do foro extrajudicial não oficializadas.

A precisa lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO afasta qualquer dúvida. Sustenta que, na verdade, os titulados pela delegação conservam a qualidade de particulares (investidos em poderes públicos), visto que a exercerão *em caráter privado*, pois não se utilizam de recursos do Estado, nem recebem dos cofres públicos. São, na verdade, agentes públicos aos quais são transferidas as funções

²⁰³ “Art. 207. As serventias extrajudiciais, respeitada a ressalva prevista no artigo anterior, serão providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, observado o critério da nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos.”

concernentes aos *serviços* notariais e aos *serviços* de registro, descritos no art. 1º. da Lei 8.935/94. Segundo o administrativista, esses serviços melhor se denominariam *funções* ou *ofícios*, sob o fundamento de que se trata de desempenho de atividade jurídica e não material, como ocorre com os chamados *serviços públicos*, além de que o que se transfere é o *exercício* de *serviços* dessa natureza, posto que “o delegante não deixa de ser o senhor deles, já que a atividade, como visto, é, em si mesma, pública e, pois, irremissivelmente pertinente a tal setor.”²⁰⁴

Explica, igualmente, que a delegação opera a investidura na titularidade do exercício de um “plexo de atribuições”, ou seja, “naquele correspondente conjunto unitário de poderes e deveres que, com base em uma organização técnica e administrativa, deverão ser exercidos em uma circunscrição demarcada”. Essa delegação, conforme o seu ensinamento, “não se confunde com uma simples habilitação, ou seja, com um ato meramente recognitivo de atributos pessoais para o desempenho de funções de tal gênero”²⁰⁵, mas é ato sucessivo ao concurso, onde se constata a habilitação para o exercício da função, tanto que, uma vez efetuada (a delegação) os notários e os registradores só poderão perdê-la nas hipóteses previstas em lei, ou seja: sentença judicial transitada em julgado ou decisão decorrente de processo administrativo, assegurada ampla defesa (art. 35 da Lei 8.935/94), além dos casos de morte, aposentadoria facultativa, invalidez, renúncia (art. 39).

Assegura ainda que o que se delega não é a totalidade da atividade notarial ou registral do país, pois “não existe um único ‘serviço’ notarial ou um único ‘serviço’ de registro a ser cometido a uma dada pessoa, mas *múltiplos* ‘serviços’ notariais e *múltiplos* ‘serviços’ de registro, cada qual constituindo uma *unidade*, operados nas respectivas *circunscrições*, pelos diversos sujeitos neles titulados”, constituindo-se,

²⁰⁴ A competência para a criação e extinção de serviços notariais e de registro e para delegação para provimento desses serviços. *Revista de Direito Imobiliário*, ano 22, nº. 4, p. 198, jul/dez., 1999.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 199.

cada um deles em um segmento da totalidade da atividade notarial ou registral. Esclarece mais que:

cada "serviço" notarial ou registral constitui-se em um plexo unitário, *individualizado*, de atribuições e competências públicas, constituídas em organização técnica e administrativa, e especificadas quer pela natureza da função desempenhada (serviços de notas, de registro de contratos marítimos, de protesto de títulos, de registro de imóveis, de registro de títulos e documentos, de registro civil das pessoas jurídicas, de registro civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas e de registro de distribuição), quer pela área territorial onde os múltiplos delegados, podem exercer os atos entregues a suas compitas, na qualidade de 'titulares', conforme diz o art. 5º. da referida lei 8.935 ao arrolar os diferentes tipos de serviços." ²⁰⁶

Sob essa ótica, os concursos somente poderão ser realizados para o preenchimento das "vagas" específicas - serviços - e jamais, em um único momento, para todos os ofícios vagos. Se assim fosse, haveria a atribuição da delegação a cada candidato aprovado segundo a ordem de classificação no concurso. Isso reforça, igualmente, a eliminação da denominada *permuta* entre esses profissionais das respectivas unidades de competência, posto que o concurso é específico para cada *serviço* ou *unidade*, permanecendo somente a *remoção* como critério para avanço na carreira.

Saliente-se, ainda, que a exigência constitucional do concurso público de provas e de títulos para o ingresso na atividade foi inspirada no princípio da moralidade pública, eis que a sua não exigência implicaria retroceder ao tempo em que as serventias eram objeto de negócio e os tabeliães podiam transmiti-las por herança, legado, arrendamento ou alienação²⁰⁷, prática essa absolutamente inconciliável com os princípios e as normas de direito público existentes na ordem

²⁰⁶ Id.

²⁰⁷ In A privatização dos cartórios. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, 1990, v. 66, p. 47-50.

jurídica vigente. A respeito, é valiosa a lição de João Alfredo Medeiros VIEIRA: “no que tange à sucessão hereditária em favor dos titulares, vem a pêlo, por fim, o lembrete deixado por Thomas Paine em seu ‘O bom senso’: ‘Ao planejarmos para a posteridade, deveríamos lembrar-nos de que a virtude não é hereditária’.”²⁰⁸

É oportuno, também, mencionar que a segunda parte do parágrafo 3º do artigo 236 da Constituição Federal não permite que qualquer serventia fique vaga por mais de seis meses sem concurso público, justamente para evitar que na ausência do titular, outras pessoas, sem a necessária qualificação, permaneçam à frente dos ofícios notariais e de registro, em especial naqueles em que ainda não existe substituto legal devido à criação recente do serviço. Muitas vezes esses serviços permanecem com oficial *designado* por um longo período e que sequer fez concurso para ingressar na atividade, refletindo, ainda, uma situação que não se coaduna com os princípios constitucionais vigentes. Além disso, importa salientar que a Lei 8.935/94 não prevê a possibilidade de designação de pessoas estranhas aos serviços de notas e de registro, para responderem interinamente até que se realize o necessário concurso. Via de regra, o Tribunais de Justiça aplicam os dispositivos constantes dos Códigos de Organização e Divisão Judiciárias para fundamentarem a designação temporária.²⁰⁹

²⁰⁸ Ibid., p. 50.

²⁰⁹ O constituinte Gastone RIGHI, responsável pela emenda que se transformou em norma consitucional, dirigiu ao Presidente e aos constituintes as seguintes palavras: “desde que esta Comissão, acompanhando o substitutivo do relator, confere aos cartórios notariais e registrais a privatização, é preciso também que se lhes dê um tratamento de seriedade quanto à ocupação de titularidade, à promoção e à carreira que neles se desenvolvem. Tem-se por hábito que os titulares, serventuários ou oficiais dos cartórios, ao se licenciarem, nomeiam como substitutos seus filhos, noras ou parentes. E depois, a situação se perpetua a dano da carreira dos serventuários de cartório, impedindo que haja concurso e aceso a essas serventias. A situação não pode perdurar. Minha emenda visa a dar término a essa situação, de tal sorte que nenhuma serventia poderá ficar vaga, com substituto por mais de seis meses. Até o final desse período terá que ser aberto concurso para preenchimento efetivo e definitivo do titular da serventia. Minha emenda, portanto, estabelece que nenhum dos cartórios terá o cargo de titular vago por mais de seis meses, sem o competente, necessário e idôneo preenchimento através de concurso. Esta é a emenda que espero ver acolhida por esta Comissão” (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, janeiro de 1988, 27, C, p. 1788 e 1789, *apud* Manoel Adam Lacayo Valente, *in* Exigência de concurso público para provimento de vagas nos

Nesse aspecto, é necessário frisar que até a Constituição Federal de 1967, os titulares dos Ofícios de Justiça eram nomeados vitaliciamente, só podendo perder o *cargo* em virtude de sentença judicial com trânsito em julgado.²¹⁰ Com o advento da Emenda Constitucional nº. 1 de 1969, foram oficializadas as serventias dos foro judicial e extrajudicial.²¹¹ Os seus titulados passaram, então, a ocupar os respectivos *cargos* em caráter efetivo, e não mais vitaliciamente. Isso significa que a perda do cargo passou a ocorrer também mediante processo administrativo, assegurada a ampla defesa, e não mais por sentença judicial transitada em julgado, exclusivamente.

Como já mencionado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 inovou ao prever que os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, estabelecendo, como critério para o recebimento da delegação, o concurso público de provas e de títulos. Por sua vez, a Lei regulamentadora previu que a perda da delegação se dará somente mediante processo administrativo em que tenha sido assegurada ampla defesa. Há, portanto, estabilidade, mas esta ocorre quanto ao serviço e não quanto ao cargo.

De outra parte, não se pode olvidar que a Lei 8.935/94 estabeleceu o regime privado da previdência social de âmbito federal para os notários e os registradores.²¹² Assim, aqueles que receberam a respectiva delegação a partir de 12 de novembro de 1994, estariam sujeitos ao regime geral.

serviços notariais e de registro: um enfoque constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 1990, v. 31, n. 124, p. 201-203.

²¹⁰ A Constituição Federal de 1967 estabelecia, em seu art. 177 que: "Fica assegurada a vitaliciedade aos professores catedráticos e titulares de ofícios de justiça nomeados até a vigência desta Constituição, assim como a estabilidade aos funcionários já amparados pela legislação anterior."

²¹¹ Art. 206: "Ficam oficializadas as serventias do foro judicial e extrajudicial, mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo."

²¹² "Art. 40. Os notários, oficiais de registro, escreventes e auxiliares são vinculados à previdência social, de âmbito federal, e têm assegurada a contagem recíproca de tempo de serviço em sistemas diversos."

Há quem argumente que o conteúdo desse dispositivo permite concluir que a aposentadoria facultativa abrange tão-somente os notários e registradores que receberam a delegação depois do advento da Lei 8.935/94. Por continuarem vinculados ao regime especial da previdência, os titulados antes da edição desse diploma legal, ao contrário, continuam subordinados à aposentadoria aos 70 anos de idade.

Em face das recentes alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº. 20, alguns tribunais têm decidido que esses oficiais não são investidos em cargo de provimento efetivo e, portanto, estão excluídos do conceito de servidores públicos. O novo artigo 40 da Constituição Federal, com efeito, refere-se a “servidores titulares de cargos efetivos”²¹³ e não mais a “servidor”, simplesmente, retirando-lhe o caráter abrangente ou “*latu sensu*”. Assim já decidiram os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, do Rio de Janeiro e de Minas Gerais.²¹⁴

²¹³ “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos **efetivos** [grifo nosso] da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservam o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. Par. 1º. Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata esse artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do par. 3º. II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.”

²¹⁴ “Ao depois da promulgação da Emenda Constitucional nº. 20/98, que expressamente tratou da aposentadoria compulsória dos titulares de cargo em provimento efetivo, não vislumbro possam os tabeliães e notários ser alçados por tal norma ou incluídos como servidores públicos *latu sensu*” (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Des. Augusto Otavio Stern. **Boletim IRIB - ANOREG-SP** nº. 138. São Paulo, 19.10.1999, p. 19).

“Com a superveniência da Emenda Constitucional nº. 20 de 15 de dezembro de 1998, a norma restritiva de direito teve o seu reduto diminuído, com destinação aos servidores, *strictu sensu*, titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. Tal superveniência constitucional consolidou o art. 39 da Lei 8.935/94 que, ao tratar da extinção da delegação e, particularmente, da aposentadoria do notário e do registrador, contemplou a aposentadoria facultativa e excluiu a aposentadoria compulsória” (MS 152.275-4.00. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Rel. Des. Almeida Melo. **Boletim IRIB - ANOREG-SP** nº. 138. São Paulo, 19.10.1999, p. 19).

Em face desse universo multifário de posicionamentos, no que tange à aposentadoria, o que se poderia propor, *de lege ferenda*, seria a inclusão na própria Lei 8.935/94 de um dispositivo que fixasse o limite de idade (setenta e cinco ou oitenta anos, por exemplo) para o exercício das funções notarial e de registro, a exemplo do que ocorre na maioria dos países. Esse seria o melhor caminho para a solução

"Quanto ao tema discutido no agravo, entendo presentes os requisitos da verossimilhança do direito e do perigo da demora, fundamentalmente depois da modificação introduzida no art. 40, *caput*, da CF - 88, pela EC nº. 20/98. (...) Contudo, depois da promulgação da emenda da Reforma da Previdência, a aposentadoria compulsória ficou reservada aos titulares de cargo efetivo, não alcançando mais os notários e registradores, pelo menos, repito, neste primeiro exame realizado. (...) entretanto, a redação tal como ficou a partir de 15 DEZ 98 tornou difícil manter laboriosa construção que enquadrava notários e registradores como servidores *lato sensu* e a eles estendia a hipótese da aposentadoria compulsória, melhor exame sobre o tema que a Câmara terá ocasião de fazer quando do julgamento do recurso" (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Des. Nelson Antonio Monteiro Pacheco. **Boletim IRIB - ANOREG-SP** nº. 138. São Paulo, 19.10.1999, p. 21).

"A presente segurança está fulcrada na nova redação dada ao art. 40 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº. 20, de 15/12/98. A tese é nova, ainda não apreciada (sic) pelo nosso Órgão Especial e, se acolhida, dará novo rumo à jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Por ser ela viável, repete-se de cautela deferir a liminar no termos de fls.(...) para sustar a outorga da delegação a outrem enquanto não for decidido este mandamus" (MS 1999.004.938. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho. **Boletim IRIB - ANOREG-SP** nº. 130. São Paulo, 20.10.1999, p. 02).

Confirmam-se, também, as sentenças proferidas pelos Juízes Túlio de Oliveira Martins, do Rio Grande do Sul, e Fernão Borba Franco, de São Paulo:

"(...) é de observar-se que a plausibilidade do direito se evidencia pela redação que a emenda constitucional 20/98 deu ao art. 40 e parágrafos da Carga Magna onde restou evidenciado que os notários e registradores não se submetem ao regime do funcionário público que ocupa cargo efetivo, ficando pois ao abrigo do jubramento compulsório. (...) (Desisão prolatada pelo Juiz Túlio de Oliveira Martins, da 1ª. Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre. **Boletim IRIB - ANOREG-SP** nº. 130. São Paulo, 20.10.1999, p. 18).

"(...) antes da EC 20/98, em vista do amplíssimo conceito de servidor público adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal, entendia-se - inclusive este Juízo o fazia - que os delegados de registros públicos estavam submetidos à aposentadoria compulsória. No entanto, em decorrência da mudança da legislação, tornou-se patente a inaplicabilidade do art. 40 da Constituição Federal aos delegados de registros públicos, de vez que não são eles 'titulares de cargos efetivos' e, como bem exposto na inicial não se submetem ao regime especial de previdência social. Basta isto para demonstrar que, ao menos neste exame deliberativo, existe a demonstração da iminente violação de direito da impetrante, impondo-lhe uma incabível aposentadoria compulsória, reservada aos 'titulares de cargos efetivos', não aos particulares que exercem serviços públicos por delegação." (São Paulo. MS 1112/99. Juiz Fernão Borba Franco, da Vara da Fazenda Pública. **Boletim IRIB - ANOREG-SP** nº. 130. São Paulo, 20.10.1999, 24).

desse impasse: a imposição de um limite de idade para a prestação de um serviço que continua a ser público, não somente como forma de prevenção dos riscos quanto aos atos praticados pelo particular em idade avançada, (pois é sabido que o que se verifica na prática é a substituição interina do titular do ofício por quem não foi submetido a exame de conhecimento necessário ao exercício da profissão), mas, basicamente porque na delegação não existe essa presunção de definitividade como ocorre com a *outorga* de serviço público, onde é transferida a titularidade do serviço, sem prazo determinado²¹⁵. Ao contrário, a delegação se opera por prazo certo. No caso dos notários e registradores, como não existe licitação e sim concurso de provas e títulos para a transferência da execução do serviço, torna-se impositiva, também, a fixação de um limite temporal para a delegação: seja pela fixação de um limite de idade para o notário ou registrador, seja pela delimitação do período de duração da delegação.

Quanto ao regime previdenciário, merece destaque o disposto no artigo 51 da Lei 8.935/94. A princípio, poderia parecer, da leitura desse dispositivo em cotejo com o art. 40 da mesma lei, que o legislador concedeu uma faculdade aos notários e oficiais de registro nomeados antes da edição da referida lei para se filiarem ao sistema previdenciário federal. O suposto direito de opção, nesse caso, é inexistente, posto que *não há previsão* legal nesse sentido. Se fosse intenção do legislador assegurar a opção teria previsto expressamente, como o fez no artigo 48 da mesma lei que garantiu a opção aos escreventes pela transformação do regime de trabalho. Na verdade, segundo o magistério de Clèmerson Merlin CLÈVE a lei determina “a filiação compulsória de todos os notários e oficiais de registro investidos após a sua promulgação ao sistema previdenciário federal (INSS), garantindo a permanência da inscrição ao sistema previdenciário definido pela lei estadual nomeados antes de sua edição, de forma que os antigos notários e oficiais de registro não poderão se

²¹⁵ Como é o caso das autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

inscrever no sistema previdenciário federal e os novos não poderão se inscrever nos sistemas estaduais eventualmente existentes.”²¹⁶

Outro aspecto a ser analisado diz respeito à competência para a delegação. Indaga-se se competiria, efetivamente, ao Poder Judiciário o ato de delegação desses serviços. Inicialmente, um fato a ser seriamente considerado diz respeito ao veto imposto ao dispositivo da Lei 8.935/94, que atribuía competência ao Poder Judiciário para *delegar* o serviço. Permaneceu a previsão constitucional expressa quanto à *fiscalização* dos atos dos notários, oficiais de registro e de seus prepostos pelo Poder Judiciário (par. 1º. do art. 236). Também restou explicitada a competência desse Poder para a *realização dos concursos* (art. 15 da Lei 8.935/94), todavia, não existe previsão quanto à delegação propriamente dita, não obstante ser esse um procedimento normal em todos os Estados da Federação. Mas isso por uma tradição, como afirma Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “uma felicíssima tradição (já que o Judiciário é, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, o melhor, o mais isento, o mais técnico e o mais confiável dos três Poderes, ao menos entre nós) é que são havidos como órgãos auxiliares dele”²¹⁷. Com efeito, se se trata de atividade essencialmente administrativa, se competiria à Administração Pública realizá-la, se compete ao Poder Judiciário a missão típica de dirimir conflitos e se não existe previsão expressa para delegar a execução dos serviços notariais e de registro, resta claro que a competência para delegar não pertence ao Judiciário e, muito menos, ao Poder Legislativo. Restaria ao Poder Executivo a dita competência. Necessário, então, estabelecer qual autoridade ou órgão desse Poder seria competente para tal mister. Essa, porém, é uma questão que deve ser objeto de reflexão para que não pare dúvida quanto à legalidade da *investidura* do candidato aprovado no respectivo concurso. Os Códigos de Organização

²¹⁶ In Regime previdenciário aplicável aos notários e oficiais de registro, em face da edição da Lei Federal 8.935, de 18/11/94, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal. *Gênesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado*, jul/set. 1996, v. 3, no. 10, p.738-739.

²¹⁷ In A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registros... p.203.

Judiciária dos Estados deverão prever, de forma expressa, a competência do Poder Judiciário para efetuar as delegações.

Mas, se por uma questão de tradição é possível aceitar essa delegação de competência para que o Poder Judiciário invista os aprovados em concurso na atividade notarial e de registro, o mesmo não se pode afirmar quanto à competência para *criar* ou *extinguir* os respectivos serviços. Primeiramente, porque não existe previsão legal nesse sentido. Em segundo lugar, porque a ser mantida a tradição da organização e administração dessas *serventias* pelo Poder Judiciário, não se pode ignorar que a própria Constituição Federal prevê a competência dos Tribunais de Justiça para propor ao Poder Legislativo respectivo, a alteração da organização e da divisão judiciárias.²¹⁸ Por outro lado, ocorrendo modificação nesse sistema para organizar os serviços notariais e os de registro sob o entendimento de que não se trata propriamente de atividade judiciária, evidentemente que a competência para propor a criação e a supressão destes se arrastaria para o Poder Executivo. Em qualquer das hipóteses, é necessário que fique claro que nenhum dos Poderes têm competência para criar ou suprimir essas *serventias*, pois, “o modo como surgem e como se extinguem, evidentemente, é o mesmo pelo qual se criam e extinguem os feixes unitários de competências públicas, isto é, os segmentos em que se partilha o poder estatal; a saber: *por lei*.”²¹⁹

11. A FISCALIZAÇÃO DOS ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO.

11.1 Os instrumentos de proteção aos direitos dos cidadãos no Estado de direito democrático.

A crescente conscientização do cidadão brasileiro tem provocado, nos últimos anos, uma transformação significativa nas relações entre

²¹⁸ Cf. art. 96, II, d.

²¹⁹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, C. In A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registros...p. 201.

administração e administrados. Percebe-se um maior interesse da comunidade em reivindicar os seus direitos e de participar mais intensamente da vida política do país. Tal atitude demonstra o seu despertar para o poder que lhe é conferido em um Estado de direito democrático. Como afirma Clèmerson Merlin CLÈVE, “a cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando até, uma tendência que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território estatal.”²²⁰ Foi dentro desse contexto que o legislador constituinte erigiu a atual Constituição Federal, na qual se constata a preocupação em se estabelecer maiores garantias ao cidadão brasileiro atribuindo-lhe um papel decisivo na defesa e na garantia dos seus direitos fundamentais e da sua própria dignidade. Diante disso, é fundamental que a administração dos três Poderes se conscientize da necessidade de tornar mais transparente a sua atuação, na tentativa de resgatar a credibilidade de seus administradores.

Apesar das críticas que a Constituição Federal de 1988 recebeu, sem dúvida alguma foram dados passos importantes, com mudanças substanciais em diversos aspectos, a exemplo do capítulo que trata da administração pública. O art. 37 comporta um grande avanço nas relações entre administração e administrados. Nenhuma outra constituição brasileira continha um artigo submetendo, expressamente, a administração pública direta e a indireta aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência²²¹ dos atos administrativos.

Esses princípios, apesar de elementares em um estado de direito democrático, foram quase sempre ignorados em virtude, entre outros

²²⁰ **Temas de Direito Constitucional** (e de teoria do Direito). São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 16.

²²¹ O princípio da eficiência foi inserido pela Emenda Constitucional nº. 9, de 4.6.98.

fatores, do despreparo cultural dos administradores. Ciente desse problema, o constituinte previu instrumentos de combate à corrupção e a outras patologias que estão arraigadas na administração, como o parágrafo 4º. do art. 37, que atribui aos responsáveis pelos atos de improbidade administrativa, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário. Mas, é preciso lembrar que os meios de controle estão à disposição dos cidadãos e são previstos, expressamente, na Constituição, como a ação popular (art. 5º., inc. LXXIII), que serve para a anulação de atos lesivos à moralidade administrativa.

Há também o parágrafo 2º. do artigo 74 da Constituição Federal, que permite que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denuncie irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Ressalte-se, igualmente, que é função institucional do Ministério Público "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia", conforme preceitua o inciso II do artigo 129 da Constituição Federal.

Os atos jurisdicionais e judiciais também estão submetidos ao crivo das fiscalizações interna - por intermédio dos órgãos do Poder Judiciário, como a Corregedoria de Justiça - e externa, como o Ministério Público, a Ordem dos Advogados, as entidades de classe e o próprio cidadão em atuação direta - em vista do disposto no artigo 5º., inciso XXXIV, letra a que a todos assegura, "independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder".

Existem, ainda, as chamadas Ouvidorias, presentes em alguns Estados da Federação que, à semelhança do *Ombudsman*, desempenham papel de fundamental importância na proteção de direitos contra atos praticados pela administração pública de qualquer um dos três Poderes, atuando informalmente e sem o poder de anular ou revogar o ato praticado pela autoridade pública, mas com a

prerrogativa de apurar e denunciar as irregularidades das autoridades, podendo agir de ofício ou a requerimento de quem quer que seja. O Município de Curitiba, mediante o Decreto nº. 215, de 21.3.86, criou a Ouvidoria Municipal. No Estado de São Paulo, a lei orgânica criou o chamado Defensor do Interesse Público.²²²

É oportuno ressaltar que a eficácia da Constituição depende, essencialmente, da reeducação da sociedade brasileira para o pleno exercício de seus direitos democráticos. A respeito, Adilson Abreu DALLARI afirma que é em vista dos princípios constitucionais que as relações entre Estado e servidor devem ser conduzidas e estruturadas, sustentando que "lamentavelmente, entre nós, isso não tem ocorrido, sendo desagradavelmente corriqueira a burla aos condicionamentos constitucionais, até por questões de ordem cultural. Algum dia, quando os brasileiros houverem assimilado a noção de cidadania, a Constituição haverá de ser respeitada."²²³ E conclui asseverando que "o valor de uma Constituição não se encerra na excelência de seu texto, mas depende, também, da eficácia concreta de seus dispositivos." ²²⁴

Na qualidade de agentes públicos prestadores de um serviço de natureza pública de fundamental importância, por propiciarem a segurança das relações jurídicas, os notários e os registradores submetem-se, igualmente, aos princípios constitucionais da legalidade, eficiência, impessoalidade, moralidade e publicidade. Além disso, estão sujeitos, não somente, à fiscalização pelo Poder Público - a Corregedoria, como órgão interno do Poder Judiciário, é responsável pela fiscalização dos atos praticados pelos serventuários da Justiça do foro judicial, assim como dos notários e registradores -, como também pelos órgãos de classe aos quais pertencem e pelos próprios usuários

²²² A respeito, DI PIETRO, M. S. Z. Participação Popular na Administração Pública, RDA 191/26 e TÁCITO, C. Ombudsman - O defensor do povo, RDP 85/43.

²²³ Regime Constitucional dos Servidores Públicos. 2ª. ed. São Paulo: RT, 1992, p. 19.

²²⁴ Id.

de seus serviços, que podem denunciar diretamente à Corregedoria a ocorrência de lesão a direito praticada por estes agentes.

Vale salientar que esses oficiais podem figurar no pólo passivo do mandado de segurança, nos termos do artigo 1º., par. 1º. da Lei 1.533/51, que considera **autoridade**, para fins de impetração da ação mandamental, “as pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entende com essas funções.”²²⁵

Além disso, notários e registradores respondem pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, segundo o teor do artigo 22 da Lei 8.935/94, editado na seara do que prevê o parágrafo 6º., do art. 37, da CF, tema que será objeto de análise mais adiante. Inicialmente, cumpre analisar a questão da fiscalização do poder delegante sobre esses agentes delegados.

11.2 A fiscalização pelo poder delegante. Hierarquia, controle e fiscalização. Traços distintivos.

Boa parte da doutrina sustenta o entendimento de que não existe hierarquia entre o Poder delegante e o agente delegado, **mas controle e fiscalização**. Como preleciona Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, “já os delegados de função pública ou serviços públicos levam-nos a efeito em seu nome, por sua conta e risco, como particulares, embora no interesse da coletividade e, por isso, com prerrogativas de império”.

Em precisa lição Régis Fernandes de OLIVEIRA expõe que:

não se cuida de delegação de atividade jurisdicional, pois é esta indelegável. É tão somente a transferência a particular para a prática de atos de segurança quanto às relações jurídicas entre os indivíduos. A atividade é própria da Administração Pública, mas pode ela transferir o exercício ao particular, que age em nome do Estado, por sua conta e

²²⁵ A respeito MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo...** p. 76.

risco. O interesse é da coletividade, sendo o desempenho da atividade franqueada aos particulares. Como a atribuição é de interesse do Estado, submetem-se à fiscalização deste. Não há hierarquia; limita-se a um controle decorrente de lei, para se saber se a atividade está sendo bem prestada e de acordo com os interesses da coletividade.²²⁶

Veja-se, a respeito, o que estabelece o parágrafo primeiro do artigo 236 da Constituição Federal:

Par.1º. Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

A Lei 8.935/94 regulamentou o referido dispositivo da seguinte forma:

Art. 37. A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos artigos 6º. a 13, será exercida pelo Juízo competente assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos.

Parágrafo único. Quando, em autos ou papéis de que conhecer, o Juiz verificar a existência de crime de ação pública, remeterá ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

Art. 38. O juízo competente zelará para que os serviços notariais e de registro sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente, podendo sugerir à autoridade competente a elaboração de planos de adequada e melhor prestação desses serviços, observados, também, critérios populacionais e sócio-econômicos, publicados regularmente pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

²²⁶ **Delegação Administrativa.** São Paulo: RT, 1986, p. 20.

Tais serventuários possuem, portanto, nos termos do art. 28, da supracitada lei, *independência administrativa no exercício de suas atribuições*, o que afasta a hierarquia do Poder Público sobre os mesmos. Porém, segundo o que dispõe a lei regulamentadora, sujeitam-se à fiscalização judiciária de seus atos, ou seja, a um controle decorrente da própria lei e, não resultante da hierarquia que preside as relações entre a administração pública e seus servidores.

Questão controvertida é a fiscalização pelo Poder Judiciário dos atos praticados pelos empregados da serventia. Existem, aqui, duas relações distintas: uma de caráter trabalhista e regida pela CLT, que vincula o titular e o empregado; outra de Direito Administrativo, que vincula o Poder Judiciário e o titular do Ofício. Está claro que compete ao Poder Judiciário a fiscalização dos atos praticados pelos prepostos do notário ou do oficial de registro, conforme disposição expressa contida no art. 37 da Lei 8.935/94. Porém, no que respeita à competência do referido órgão disciplinar de aplicar sanção pela prática de ilícito administrativo pelo preposto, o entendimento não é unânime.

A relevância do interesse público impõe a sanção, se necessária (especialmente se o titular não toma a providência necessária), justificada em sua base pelo poder de fiscalização do Poder Judiciário, previsto no próprio texto constitucional.²²⁷ De outra parte, não se pode olvidar que se o preposto é regido pelas relações de trabalho, ao juiz estadual não competiria puni-lo, pois é o titular que responde perante a

²²⁷ A respeito: "O regime jurídico dos serventuários da Justiça, atualmente, como regra, obedece as normas da Consolidação das Leis do Trabalho. O Estado preferiu liberar-se do ônus de tê-los como funcionários públicos. Apesar disso, o poder de disciplina, além de exercido pelo titular da serventia, é mantido no Poder Judiciário, especificamente, à Corregedoria da Justiça. (...) Contraditório para não dizer absurdo, o serventuário cometer irregularidades, tantas vezes atentatórias à moralidade, e o poder fiscalizante não ter meios para cortar o mal pela raiz. O Poder Judiciário pode, sim, demitir. Como o titular da serventia pode rescindir o contrato de trabalho..." (STJ-MS 5.017-0 - São Paulo, 6ª. Turma, Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - *Revista Genesis*, v. 10, p. 838- julho/set. 1996).

Justiça Trabalhista.²²⁸ Esse impasse se deve ao caráter híbrido do regime jurídico dos notários e oficiais de registro.

A questão do controle exercido pelo Poder Judiciário é matéria extensa, que mereceria um trabalho específico e aprofundado. Por ora, necessário se faz salientar que o poder de fiscalização deve ser tal que se permita a realização de um serviço público eficiente, sério, pautado em rigorosas normas de procedimento. E a inércia do titular não justifica a omissão do órgão responsável pela fiscalização.

Não há como ignorar, pois, que a responsabilidade da Administração Pública assume contornos mais abrangentes, posto que esta, ao delegar uma função que lhe competiria exercer ao oficial de registro ou de notas, está reconhecendo a sua qualificação. Assim sendo, a fiscalização e o controle devem ser exercidos da forma mais ampla possível, para que a Administração não venha a ser chamada a reparar os danos pela eventual ineficiência do serviço.

Roberto DROMI, avaliando as transformações da estrutura do Estado, assevera que “do Estado empresário passamos a um Estado servidor e controlador da eficácia, qualidade e idoneidade de toda gestão comprometida com o interesse público.”²²⁹

12. DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

12.1 A evolução da teoria da responsabilidade civil.

²²⁸ Segundo Walter CENEVIVA, “o gerenciamento administrativo e financeiro da serventia, inclusive no referente à disciplina dos prepostos, é de responsabilidade do delegado. A fiscalização, encontrando deficiência por descumprimento da lei, praticado por preposto, exerce sua função sobre o titular, pois o preposto, embora fiscalizado, continua submetido às relações de trabalho, não podendo o juízo local impor restrições ou apenamentos estranhos àquelas. Há que ser lembrada a exclusiva responsabilidade do titular pelos efeitos da relação trabalhista. O sistema híbrido, privado/público, que veio a ser adotado, é unajustável com o binômio que seria constituído pelo juiz estadual, impondo a punição do preposto, e pelo delegado, satisfazendo a responsabilidade indenizatória perante a Justiça do Trabalho (Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei 8.935/94). 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 224).

²²⁹ **Derecho administrativo**. 6ª. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. p. 160.

O homem sempre manteve relação direta ou indireta com o seu semelhante, atuando intersubjetivamente em todos os setores da vida em sociedade. A sua natureza imperfeita, contudo, foi e continua a ser causa do desequilíbrio das relações sociais, ensejando a necessidade de reparação dos prejuízos. Aliás, já se afirmou que “a responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social”²³⁰. Ou, conforme preconiza José AGUIAR DIAS: “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”.²³¹

Primitivamente, a noção de reparação do dano causado fundamentava-se no axioma do *olho por olho, dente por dente* - era a reparação do mal pelo mal. Dominava, nessa época, a vingança privada. Posteriormente, o uso consagra o talião em regra jurídica: o legislador intervém “para declarar quando e em que condições tem a vítima o direito de retaliação”²³². Todavia, a forma de recomposição do bem violado sofreu inúmeras transformações ao longo dos séculos recebendo expressiva atenção quando o Estado assumiu a responsabilidade de disciplinar as relações advindas desses conflitos interpessoais, retirando do cidadão o direito de buscar, por si próprio, a recomposição do dano causado. Foi somente ao tempo dos romanos que passou a existir distinção entre pena e reparação, com as noções de delito público (cuja pena, imposta ao réu, deveria ser recolhida aos cofres públicos) e privado (com pagamento em dinheiro à vítima): era o Estado avocando para si a função de punir e fazendo surgir a responsabilidade civil em lugar da responsabilidade penal.²³³

²³⁰ G. MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile*. Paris: 1938, n.º. 97, p. 304, apud AGUIAR DIAS, J. Da responsabilidade Civil, 10^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. I, p.2.

²³¹ Cf. AGUIAR DIAS, J. *Da responsabilidade civil*...v. I, p. 1.

²³² *Ibid.*, p. 17.

²³³ MAZEAUD E MAZEAUD, *Traité théorique e pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. 3^a. ed, t. 1, n.19 e ALVINO LIMA, *Da culpa ao risco*, São Paulo, 1938, p. 10 apud GONÇALVES, C. R. Responsabilidade Civil. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.4.

Com o advento da Lei Aquília, a reparação do dano passou a ter um princípio regulador, contendo “o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria e ‘fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana que tomou da Lei Aquília o seu nome característico’”.²³⁴

A origem etimológica do termo responsabilidade (do latim *spondeo*)²³⁵ enseja a idéia de equivalência, de contraprestação e de correspondência, o que permite concluir que a responsabilidade significa a “repercussão obrigacional da atividade do homem”²³⁶

Isso significa que, ainda que a atitude do agente seja motivada pelo intuito de acertar, por razões variadas este pode equivocar-se em algumas situações, como o desconhecimento do assunto, despreparo, erro de julgamento, pressa, *stress*, configurando, conforme o caso, o que a doutrina civilista denomina de *negligência, imprudência ou imperícia*, elementos caracterizadores da *culpa*.²³⁷ A par disso, há também a possibilidade de o homem agir deliberadamente com o intuito de se locupletar ou de lesar. Nesse caso, não se configuram o erro ou a culpa, mas o *dolo*, que é a violação intencional do direito. Seja como for, deverá responder pelo dano causado ao terceiro prejudicado, nos termos da lei, com as suas variantes, conforme se comprove culpa ou dolo, desde que, como pondera José Renato NALINI “a reparação do dano é a alternativa para restabelecer o equilíbrio e para satisfazer a aspiração de segurança do homem moderno. Segurança hoje singularmente ameaçada pelo ritmo e complexidade da vida pós-

²³⁴ AGUIAR DIAS, J. **Da responsabilidade civil...** p.18.

²³⁵ “Fórmula pela qual se ligava solenemente o devedor, nos contratos verbais do direito romano”, cf. AGUIAR DIAS, J.. **Da responsabilidade civil...**p. 2.

²³⁶ Ibid, p. 2.

²³⁷ A generalização do princípio aquiliano - *In lege Aquilia et levissima culpa venit*, ou seja, a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar, está presente no direito francês, cuja evolução ensejou o surgimento da culpa contratual, que não está afeta nem ao crime nem ao delito, mas à negligência ou à imprudência (cf. MAZEAUD E MAZEAUD, apud GONÇALVES, C. R, op. cit., p. 5.

moderna.” Citando José V. San Martín, arremata: “e a responsabilidade constitui o princípio da estabilidade social”.²³⁸

A respeito, já observava Osvaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, em sua obra “Princípios de Direito Administrativo”, que “responsabilidade é a consequência que o agente livre sofre pela prática dos seus atos, em violação de dever que lhe cabe cumprir. Corresponde, na ordem jurídica, à sanção que recebe o agente pelo desconhecimento das suas obrigações, em desrespeito ao direito de outrem, a fim de ser reparado o dano sofrido por este”.²³⁹ O Código Civil pátrio adotou a teoria subjetiva da responsabilidade civil, uma vez que incluiu, como fundamento da responsabilidade, o dolo e a culpa: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.²⁴⁰ Isso significa que, toda a vez que um direito é violado, para que se possa obter o ressarcimento, necessário se faz que a vítima comprove a existência do prejuízo sofrido como decorrência da ação ou da omissão voluntária, do dolo (vontade deliberada de causar prejuízo) ou da culpa (resultado da negligência ou da imprudência do agente causador do dano), bem como a relação de causalidade entre o ato (comissivo ou omissivo) lesivo e o dano sofrido. Esses são os elementos caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva ou aquiliana.

Não obstante, devido ao progresso industrial e ao aumento significativo dos acidentes, novas teorias foram se delineando com vistas à maior proteção das vítimas.²⁴¹ A teoria do risco administrativo

²³⁸ **Registro de imóveis e notas: responsabilidade civil e disciplinar.** São Paulo: RT, 1997, p. 68.

²³⁹ Rio de Janeiro: Forense, 1974, vol.II, apud Roberto PUGLIESI, *Direito Notarial Brasileiro*. São Paulo: Leud, 1989, p. 130.

²⁴⁰ Art. 159 do Código Civil.

²⁴¹ Os defeitos encontrados na doutrina da responsabilidade civil baseada na culpa - a partir de uma noção subjetiva de culpa procede-se a uma delimitação objetiva - e a dificuldade quanto à prova da culpa (falha na conduta do agente) levaram os autores germânicos a buscar a inversão do ônus da prova e tornar objetiva a noção de culpa.

vem adquirindo força: a responsabilidade é encarada sob o aspecto objetivo, permitindo, por exemplo, a indenização da vítima pelo patrão desde que verificado o dano decorrente de acidente do trabalho. RIPERT assim define a responsabilidade objetiva: "todo dano deve ser atribuído ao seu autor e reparado por aquele que o causou porque todo problema de responsabilidade civil resume-se em um problema de causalidade; todo ato do homem obriga aquele que causou um dano a terceiro, a repará-lo."²⁴² A responsabilidade objetiva tem fundamento no princípio da equidade, existente desde o direito romano: "aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem auferir os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos)".²⁴³ Nesse caso, conforme anota José Renato Nalini, para uma empresa, a presunção de responsabilidade é absoluta e consagra um fato criador de risco - *fait de risque* -, e haverá isenção de responsabilidade somente quando restar

²⁴² **De la règle morale**, n. 115, apud CAVALCANTI, T. B. Da responsabilidade em geral. In: Tratado de Direito Administrativo, 4ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. I, p.394.

²⁴³ GONÇALVES, C. R. op. cit., p. 6. Tratando do assunto, PONTES DE MIRANDA assinalava três fases distintas da evolução da teoria da responsabilidade Civil: "a) *individualismo*, baseado no princípio do atomismo social e resumindo-se à fórmula: autonomia de vontade + culpa contratual = teorias clássicas da responsabilidade civil; b) *transição*, refletindo o fenômeno da industrialização e conseqüente acréscimo dos acidentes. Suas conseqüências-ensaios são o mutualismo, a responsabilidade por acidentes, com interpretação semiclássica (responsabilidade pela causa final, invocação ao *ubi emolumentum, ibi onus*) e interpretação moderna (responsabilidade sem culpa); c) *solução científica*, expressa na responsabilidade social e individual pelo dano" (Das obrigações por atos ilícitos, Direito das Obrigações, apud José Renato NALINI, op. cit., p. 68). Segundo José Renato NALINI, "a responsabilidade objetiva se baseia no princípio do *ubi emolumentum, ibi onus*. Aquele que recebe as utilidades na exploração de atividade suscetível de causar dano a terceiros está obrigado a reparar o prejuízo" (op. cit., p. 72).

comprovada força maior e culpa exclusivamente da vítima.²⁴⁴ O direito brasileiro acolhe o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade, mas aceita exceções, admitindo casos de responsabilidade sem culpa.²⁴⁵ No Brasil despontaram, entre outros autores mais antigos, Pedro Lessa, Filadelfo Azevedo, Francisco Campos, Castro Nunes, Arnaldo Medeiros da Fonseca, Alcino Salazar e Noé Azevedo como defensores da teoria do risco ou da responsabilidade objetiva.²⁴⁶

12.2 A responsabilidade civil do Estado.

No exercício das suas atividades, o Estado pode causar prejuízo aos particulares, seja por atos comissivos, seja por omissão. Antes negada pelos governos absolutistas,²⁴⁷ a responsabilidade do Estado, contudo, surgiu com o advento do Estado de Direito, fundamentado nos pressupostos formais da legalidade e da legitimidade que consolidaram,

²⁴⁴ “A responsabilidade objetiva se baseia no princípio do *ubi emolumentum, ibi onus*. Aquele que recebe as utilidades na exploração de atividade suscetível de causar dano a terceiros está obrigado a reparar o prejuízo” (cf. NALINI, J. R., *ibid.*, p. 72). Themístocles Brandão CAVALCANTI informa que a teoria do risco tem na França os seus primeiros expositores e defensores em PLANIOL, SALEILLES, JOSSERAN E GENY (*ibid.*, p. 395) Para Raymond SALEILLES, a idéia de culpa é falsa e humilhante, considerando mais eqüitativo e conforme a dignidade humana, que cada qual assuma os riscos de sua atividade voluntária e livre. Explica que “a lei deixa a cada um a liberdade de seus atos; ela não proíbe senão aqueles que se conhecem como causa direta do dano. (...) Ocorrido o dano, é preciso que alguém o suporte. Não há culpa positiva de nenhum deles. Qual seria, então, o critério de imputação do risco? A prática exige que aquele que obtém proveito de iniciativa lhe suporte os encargos, pelo menos a título de sua causa material, uma vez que essa iniciativa constitui um fato que, em si e por si, encerra perigos potenciais contra os quais os terceiros não dispõem de defesa eficaz. É um balanceamento a fazer. A Justiça quer que se faça *inclinar o prato* da responsabilidade para o lado do iniciador do risco”. Para JOSSERAND a noção de culpa é desacreditada, o homem deve responder por quaisquer dos seus atos, não somente os culposos, desde que tenham causado dano injusto ou anormal. É o princípio do risco: a iniciativa e a ação como forças geradoras da responsabilidade. Propõe, o autor, a substituição da responsabilidade delitiva pela responsabilidade contratual, bastando que o credor demonstre a existência do contrato (Cf. NALINI, J. R. *op. cit.*, p. 72-73).

²⁴⁵ Cf. LIMA, A Da culpa ao Risco, RF 83/385.

²⁴⁶ Cf. CAVALCANTI, T. B. *op. cit.*, p. 396.

²⁴⁷ A regra inglesa então em vigor era: “*The King can do no wrong*” (Cf. MUKAI, T. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 524).

definitivamente, os rumos do processo civilizatório, em que o homem é o centro e a razão social do sistema.²⁴⁸ Os governos liberais passaram a admitir a responsabilidade do Estado em face de atos culposos de seus agentes, segundo as regras do Direito Civil e que mais tarde evoluiu para a responsabilidade objetiva. Tal responsabilidade, como visto, depende tão somente da comprovação do nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo causado ao particular. O princípio da responsabilidade objetiva do Estado “apresenta-se como um dos pilares decisivos do Estado de Direito Democrático”.²⁴⁹

Ocupando posição intermediária entre a teoria da *culpa administrativa* (cujo fundamento está na verificação da falta de serviço, isto é, a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o seu retardamento) e a teoria do *risco integral* (que admite a responsabilização da Administração diante de todo e qualquer dano suportado pelo particular, ainda que tenha havido culpa ou dolo por parte da vítima),²⁵⁰ a teoria do *risco administrativo* depende da comprovação da relação de causalidade entre o dano sofrido e a ação ou omissão do Estado, ou seja, o nexo causal. As causas de exclusão da obrigação de indenizar são a *força maior* (considerada como tal o fato da natureza, imprevisível, ao qual não se possa resistir); a *culpa exclusiva da vítima* (há, nesse caso, inversão do ônus da prova, cabendo ao demandado comprovar a força maior e a culpa da vítima)²⁵¹

²⁴⁸ Cf. REIS, C. A responsabilidade Civil do Notário e do Registrador. RT 703/15.

²⁴⁹ Cf. FREITAS, J. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p.113.

²⁵⁰ Conforme o escólio de Hely Lopes MEIRELLES, a teoria da culpa administrativa representa “o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu” (DIREITO ADMINISTRATIVO, 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, p. 597).

²⁵¹ Para Álvaro LAZZARINI, “o entendimento jurisprudencial predominante na atualidade é o de que o Estado deve indenizar, desde que não prove que o dano foi ocasionado pela própria vítima. Esta ao reclamar a reparação do dano não necessita demonstrar a culpa ou dolo do agente do Estado ou, mesmo, a culpa anônima do Estado. Basta provar o nexo causal, cabendo ao Estado a citada prova, em uma verdadeira inversão do ônus da prova” (**Estudos de Direito Administrativo**, RT, 1995, p. 420, apud NALINI, J. R. op. cit, p.75).

e, por fim, a *conduta culposa de terceiro* que tenha provocado o prejuízo à vítima, afastando a responsabilidade do Estado.²⁵²

O risco e a solidariedade social são os fundamentos dessa doutrina, em face dos riscos que a atividade pública gera para os administrados e da possibilidade de lhes causar prejuízos. A *teoria objetiva do risco administrativo* foi consagrada pelos Estados modernos, inclusive pelo Brasil a partir da Constituição da República de 1946, em seu art. 194. Atualmente, está prevista no par. 6º. do art. 37 da Constituição Federal de 1988: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

12.3 A responsabilidade civil dos notários e registradores.

Até o advento da atual Constituição Federal, a questão da responsabilidade civil subjetiva dos titulares das serventias dos foros judicial e extrajudicial (assim denominados os ofícios de notas e de registro) estava praticamente assente, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.²⁵³

Nesse sentido tem decidido o Supremo Tribunal Federal: “Responsabilidade objetiva do Estado - Ocorrência de culpa exclusiva da vítima - Esta Corte tem admitido que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público seja reduzida ou excluída conforme haja culpa concorrente do particular ou tenha sido este o exclusivo culpado (AG. 113.722.3-AgRg e RE 113.587). No caso, tendo o acórdão recorrido, com base na análise dos elementos probatórios cujo reexame não é admissível em recurso extraordinário, decidido que ocorreu culpa exclusiva da vítima, inexistente a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, pois foi a vítima que deu causa ao infortúnio, o que afasta, sem dúvida, o nexo de causalidade entre a ação e a omissão e o dano, no tocante ao ora recorrido (STF - RE 120.924 - SP 1ª. T. - Rel. Min. Moreira Alves - DJU 27.08.1993).

²⁵² Cf. NALINI, J. R. *Registro de Imóveis e notas*..., *ibid.*, p. 75.

²⁵³ “Responsabilidade civil. Exegese do artigo 107 da Constituição Federal. Ação direta contra o servidor público com base no artigo 159 do Código Civil. O artigo 107 da Constituição Federal não impede que a vítima de dano decorrente de ato de servidor público como o é o serventuário da justiça, ainda que de serventia não oficializada - proponha contra este ação direta, com fundamento no artigo 159 do Código Civil. Recurso extraordinário conhecido mas não provido (Supremo Tribunal Federal-RE 99.214, rel. Ministro Moreira Alves, DJ 20.05.83, p. 17.058).

A postura firme de PONTES DE MIRANDA não ensejava a menor dúvida quanto ao assunto. Partidário da corrente que inclui os serventuários do foro extrajudicial entre os funcionários públicos, o tratadista, sob a égide da Constituição de 1946, analisava a questão da responsabilidade objetiva do Estado pelos prejuízos causados ao particular pelos tabeliães de notas e oficiais de registro, como matéria pacífica em face do que estabelecia o art. 194 da Constituição Federal, segundo o qual “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.”²⁵⁴ O dever de indenizar, nesse caso,

A respeito do tema, o Ministro Cunha Peixoto proferiu voto nos seguintes termos: “(...) o artigo 107 da Constituição Federal, visa à proteção do lesado. Propondo ação apenas contra a Administração, compete-lhe provar apenas a materialidade do fato e o nexo de causalidade, isto é, que do ato praticado pelo funcionário lhe adveio dano. Nada mais. (...) Há, pois, uma única dívida e duas responsabilidades: a da Administração perante o lesado, baseada na teoria do risco administrativo, e a do autor do dano, com fundamento na teoria da culpa. Quem deve ao lesado, em princípio, é aquela; (...) Com efeito, o preceito constitucional, ao distinguir a responsabilidade do Estado como objetiva e a do funcionário como subjetiva, dando àquele ação regressiva contra este, visou, apenas, a facilitar a composição do dano à vítima, que pode acionar o Estado independentemente de culpa do funcionário” (Supremo Tribunal Federal-RE 90.071).

Também nesse sentido: “Responsabilidade civil da Administração. Configurada a culpa do titular de Cartório de Protesto de Títulos por dano causado a particular, em virtude de ato de seu ofício, cabe a **ação direta de indenização**, não a impedindo a norma do art. 107 da Constituição, uma vez que sobreleva, no caso, a responsabilidade subjetiva, e não responsabilidade objetiva do Estado, que tem fundamento no risco administrativo” (Supremo Tribunal Federal - Embargos no RE j. 6.3.86 - RTJ 118/1097.) (grifo nosso)

“Responsabilidade civil do Estado por dano causado a terceiro por tabelião. Artigo 107 da Emenda Constitucional nº.1/69. O entendimento desta Corte, quando vigente a Emenda Constitucional nº.1/69, era o de que os titulares de ofícios de justiça e de notas, quer do foro judicial, quer do foro extrajudicial (e, portanto, também os tabeliães), eram servidores públicos e por seus atos praticados nessa qualidade respondia o Estado, com base no artigo 107, pelos danos por eles causados a terceiros, embora esse dispositivo constitucional não impedisse que a vítima do dano, se preferisse, acionasse diretamente o servidor público com fundamento no artigo 159 do Código Civil (Supremo Tribunal Federal-RE 116.662-PR. Relator: Ministro Moreira Alves - 1ª. T. J. 16.10.98);

²⁵⁴ Assim se expressava o autor: “A Constituição, art. 194, estatui: ‘As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros’. Tais pessoas são a União, o Estado-membro e o Município, bem como as que o direito público criar. No tocante à responsabilidade dos funcionários públicos, e.g. dos oficiais de registro e dos juizes do registro de imóveis, só se tem de indagar qual a entidade federal, estadual ou territorial, que o nomeou” (**Comentários à Constituição de 1946**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, tomo VI, p. 372).

“resulta de ato próprio, pois os atos do funcionário público aparecem, aí, como atos do próprio Estado. Não há pensar-se em qualquer sucessão singular, imposta por lei: a dívida é do Estado; e não do funcionário público.” Contra este, arremata PONTES DE MIRANDA, “a ação regressiva funda-se na situação jurídica de funcionário público, que tem o causador do dano. O Estado repete o que pagou pelo ato do seu funcionário, de modo que é preciso ter dêsse havido culpa. (...) Se não houve culpa do causador do dano, responde o Estado e não há ação regressiva.”²⁵⁵

A jurisprudência, em uníssono, sustentava a responsabilidade objetiva do Estado. O caráter público da função por ele exercida aliado à qualidade de funcionário público do serventuário da justiça, peremptoriamente afirmadas pelos tribunais, implicava uma posição também irrefutável do caráter objetivo da responsabilidade do Estado quanto aos atos daqueles. “De pouca relevância não ser oficializada a serventia em que trabalhava aquele oficial. O que não se pode por em dúvida é a natureza pública das funções por ele exercitadas e isso basta para caracterizar a responsabilidade da Fazenda, no termos do art. 107 da CF.”²⁵⁶ A teoria da responsabilidade subjetiva era aplicada

²⁵⁵ Ibid., p. 372-373. Assegura, igualmente, que não existe litisconsórcio necessário, nem solidariedade, nem extensão subjetiva da eficácia executiva da sentença contra a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, ou contra outra pessoa jurídica de direito público interno. Há, apenas, o direito de regresso (ibid., p.371).

²⁵⁶ Tribunal de Justiça de São Paulo - 5ª. C. - j. 2.4.81 - RJTJESP 72/97. Também nesse sentido: “Cartório de Protesto de Títulos de São Paulo constitui serviço auxiliar da Justiça e sua atividade é regulada pela Administração Pública. A Fazenda do Estado responde, pois, por apropriação de dinheiro de terceiro praticada por serventuário”(Tribunal de Justiça de São Paulo - 5ª. C. - Ap. j. 14.8.79 - RT 533/81);

“Não importa que se trate de serventuário de cartório não oficializado, e isso porque responde o Estado pelo ato ilícito praticado por escrevente de cartório não oficializado, como já salientou julgado deste Tribunal de Justiça publicado na RT 462/93, em consonância com a lição de Aguiar Dias” (RT 502/77);

“Responsabilidade Civil do Estado. Indenização - Falso substabelecimento de procuração lavrado por notário público - Anulação por esse motivo da escritura pública de compra e venda, em que esse foi utilizado, com conseqüente perda do imóvel - Causa direta e exclusiva do dano patrimonial do adquirente - Verba devida - Voto vencido” (Tribunal de Justiça de São Paulo - RT 709/66).

em relação ao titular da serventia do foro extrajudicial quando comprovada a culpa deste. Entendia-se que a ação poderia ser ajuizada diretamente contra o titular com fundamento no art. 159 do Código Civil ou contra ambos, em litisconsórcio.²⁵⁷

Porém, se antes da Constituição de 1988 a responsabilidade objetiva do Estado nunca foi questionada, o que se verifica nos dias atuais é uma profunda divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. A situação atual se deve ao comando do artigo 236 da atual Constituição Federal e ao artigo 22 da Lei 8.935/94. Juristas e tribunais dividem-se entre a responsabilidade *objetiva* do Estado (com direito à ação regressiva contra o seu preposto), a responsabilidade subjetiva (aquiliana ou extracontratual) dos oficiais de notas e de registro, com responsabilidade *subsidiária* do Estado, e a responsabilidade *objetiva* dos oficiais de notas e de registro, com direito à ação regressiva contra o seu preposto.

“Responde a Fazenda do Estado por ato danoso causado por escrevente de cartório a terceiros, não sendo necessário reconhecer se ele é, ou não, funcionário público, pois a responsabilidade decorre do exercício da função pública do seu agente”(RT 268/377).

²⁵⁷ “É verdade que se poderia sustentar a existência de responsabilidade solidária entre o Estado e o Escrivão responsável pelo Cartório e pela fiscalização de seus escreventes. A autora, porém, tinha o direito de mover a ação apenas contra um dos responsáveis solidários, o Estado de São Paulo (CC, art. 904)” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 3ª. C. j. 30.09.71, RJTJSP 19/128).

“Responsabilidade civil - Escritura com procuração falsa e firma reconhecida - Corresponsabilidade do cartório e do Estado” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 4ª. C., j. 27.11.79, RJTJSP 63/62).

“Procuração falsa lavrada em cartório - Responsabilidade do titular da serventia e do Estado pelos danos causados a terceiro - Ação de ressarcimento que poderá ser proposta contra um ou contra outro, ou contra ambos em litisconsórcio, configurando-se na hipótese típico litisconsórcio facultativo” (Supremo Tribunal Federal, 1ª. T., j. 23.11.85, RDA 162/236).

“O art. 107 da Constituição não impede que a vítima de dano decorrente de ato de servidor público - como é o serventuário da Justiça, ainda que de serventia não oficializada - proponha contra este ação direta, com fundamento no art. 159 do Código Civil” (Supremo Tribunal Federal, 2ª. T., j. 22.3.83, Rel. Moreira Alves, RJT 106/1.182, JSTF 55/230 e RT 593/285). Ainda, no mesmo sentido: RJTJSP 87/263; RTJ 115/1.383; RJTJRS 102/305; RJTJRS 114/323; RJTJRS 112/309.

Oportuna é a lição de Caio Mário da SILVA PEREIRA, a seguir transcrita:

A responsabilidade dos serventuários da justiça, notadamente dos tabeliães e dos oficiais de registro, tem percutido nos tribunais, encontrando soluções divergentes. A consulta à jurisprudência, posto que útil pela riqueza dos casos de espécie ventilados, não oferece subsídios de valor doutrinário, principalmente em razão de que se inspira ela em pressupostos diversos. A matéria terá de assumir novas conotações, tendo em vista que o art. 236 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público.²⁵⁸

E obtempera, o autor, que, para uma boa exposição da matéria, necessário se faz a análise de dois aspectos distintos: “a) qual a natureza jurídica da responsabilidade, a saber se é contratual ou aquiliana; b) como se caracteriza a obrigação do serventuário quanto ao dever funcional a que é adstrito”.²⁵⁹

Basicamente, a dificuldade está em esclarecer as seguintes questões: o Estado deve responder, objetivamente, pelos atos lesivos causados por notários e registradores no exercício de suas funções (assegurando-se-lhe o direito de regresso) ou, em decorrência da qualidade de delegados do Poder Público que ostentam, exercendo uma função pública, mas em caráter privado, são eles, e não o Estado, que respondem, com o seu próprio patrimônio, pelos prejuízos causados a terceiros? Se respondem, o fazem pelos prejuízos advindos da culpa (responsabilidade extracontratual ou aquiliana) ou do mero risco profissional? E nesse caso tem ou não, o Estado, a responsabilidade subsidiária ou supletiva?

Para quem define o notário e o registrador como funcionários públicos, a responsabilidade civil, no exercício das suas funções, é sempre extracontratual, e o Estado responde por elas. Quanto a este

²⁵⁸ **Responsabilidade Civil**. 6^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 179.

²⁵⁹ *Id.*

aspecto não há divergência alguma. Todavia, para os que negam o caráter de funcionário público e afirmam tratar-se de um profissional liberal ou, ainda, para os que sustentam tratar-se de um profissional do direito, a cargo de uma função pública, a responsabilidade, ora tende para a contratual, ora para a extracontratual (ou subjetiva) ou, ainda, para a objetiva.

É unânime o entendimento de que a Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Restou, todavia, ao legislador infraconstitucional a atribuição de disciplinar as responsabilidades civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos.²⁶⁰

Por sua vez, a Lei 8.935 de 18 de dezembro de 1994, que regulamentou o artigo 236, resumiu a responsabilidade civil desses oficiais nos seguintes termos: “os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.”²⁶¹

A interpretação gramatical do citado dispositivo tem conduzido ao entendimento de que está assentada a responsabilidade objetiva dos notários e dos registradores e que o elemento *culpa* foi inserido na parte final da norma apenas para assegurar a ação regressiva do titular contra o seu preposto (escrevente ou auxiliar) se este tiver agido com dolo ou culpa. Estaria, assim, revogado o artigo 28 da Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973, que estabelece que “além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.”

²⁶⁰ Art. 236, par. 1º. “Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.”

²⁶¹ Art. 22.

Analizando os movimentos das associações e dos órgãos de classe a que pertencem os notários e registradores, observa-se que, ao editar a Lei 8.935/94, o legislador federal procurou ser coerente com as reivindicações apresentadas, assegurando *independência* no exercício da atividade, *aposentadoria facultativa* e *responsabilidade civil direta* pelos atos praticados pelos titulares dos ofícios. Todavia, algumas reivindicações não receberam a adesão dos congressistas. Ao que se supõe, buscava-se total independência (exercício da atividade em caráter privado sem fiscalização do Poder Judiciário). Como consequência, adotar-se-ia a responsabilidade objetiva para assegurar-se, na verdade, um alvo maior - a *aposentadoria facultativa*. O resultado não foi nada animador - o Supremo Tribunal Federal, após o advento da Lei 8.935/94, manteve a aposentadoria compulsória, posicionando-se majoritariamente pela corrente que considera os notários e os registradores servidores públicos, enquanto que a responsabilidade civil ora tende para a objetiva, ora para a subjetiva.

Entre os autores que defendem a **responsabilidade objetiva** do Estado, com direito à ação regressiva, estão Caio Mário da SILVA PEREIRA, Walter CENEVIVA, Rui STOCO e Irineu PEDROTTI.

Caio Mário da SILVA PEREIRA leciona que, restando "configurada a responsabilidade do Estado, é este acionado com fundamento no art. 15 do Código Civil e art. 37, par. 6º. da Constituição Federal de 1988. (...) A culpa é somente investigada para efeito da ação **in rem verso** contra o serventuário", ²⁶² até porque o art. 236 da Constituição Federal não afastou a responsabilidade do Estado pelas faltas e pelos abusos que cometam os servidores, tendo em vista que as atividades são exercidas por delegação do Poder Público.²⁶³

²⁶² **Responsabilidade Civil**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 171.

²⁶³ "A Constituição Federal de 1988 considerou os serviços notariais e de registro exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. A lei regulará as respectivas atividades e disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos serventuários, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Público (art. 236). Assim havendo estabelecido, não afastou a responsabilidade do Estado pelas faltas e abusos que cometam os servidores, uma vez que as atividades são exercidas por delegação do Poder Público"(ibid., p. 184).

Referindo-se ao art. 22 da Lei 8.935/94, Walter CENEVIVA põe em dúvida a consitucionalidade do dispositivo, pois o vê em desacordo com o art. 37, par. 6º. da Carta Magna, que atribui ao Estado a responsabilidade por atos de seus servidores, reconhecendo o direito de regresso contra o agente em caso de dolo ou de culpa grave.

Para o autor citado, o comando do mencionado par. 6º. da norma constitucional alcança os notários e os registradores, pois determina a responsabilidade tanto das pessoas jurídicas de direito público, quanto das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Explica que "o particular que trate com eles se vincula por regras de direito público, enquanto delegados da Administração Pública. Assim, a responsabilidade direta, a ser aferida segundo a teoria objetiva, ainda é do Estado, cabendo regresso contra os titulares das serventias indicadas."²⁶⁴

Observa Walter CENEVIVA que o serviço registrário faz do seu titular um delegado do Poder Público e afirma a sua condição de prestador de um serviço público, posto que "ele recebe, com a delegação, competência e autoridade para cumprir funções estatais que visam a realização de fins públicos."²⁶⁵ Por outro lado, preconiza a responsabilidade subjetiva do titular do ofício quando afirma que, enquanto na ação reparatória dirigida contra o Estado não se permite discussão acerca da culpa ou do dolo, **na ação contra o titular do ofício a discussão é imprescindível.**²⁶⁶

²⁶⁴ A lei dos notários e registradores. RT 712/94. Para o autor, "o par. 6º. do art. 37 da Carta Magna estende o adjetivo jurídicas às pessoas de direito privado, sem excluir desta última categoria as pessoas físicas (naturais)."

²⁶⁵ **Lei dos Registros Públicos Comentada**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.51-2. Assevera, o autor, que "a dupla condição de agente público e de atuante em caráter privado suscita a persistência da responsabilidade do Estado pelos danos causados e obtempera que "a interpretação sistemática confirma a exegese proposta", fazendo referência ao fato de que a lei manda aplicar à responsabilidade penal e à apuração de condutas antijurídicas na serventia os preceitos relativos aos crimes contra a administração pública (o art. 327 do Código Penal equipara, para fins penais quem, embora transitoriamente e mesmo sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública).

²⁶⁶ Ibid., p. 53.

Também partidário da responsabilidade objetiva (*extracontratual*) do Estado, Ruy STOCO assevera que a lei ordinária não pode responsabilizar diretamente o agente público, sob pena de contrariar texto expresso da Constituição e negar-lhe vigência. “Preceito que assim disponha está fulminado pela suprema eiva - a inconstitucionalidade -, vício que o torna ineficaz”. No seu entender, se todas as Constituições do País, inclusive a do Império, exigiam dolo ou culpa para a responsabilização do funcionário ou do preposto, como ainda dispõem o art. 15 do CC e o par. 6º, do art. 37 da Carta Magna, “não há como dar ao art. 22, da lei 8.935/94 interpretação expansiva e mais dilargada, máxime se dessa exegese decorre situação mais gravosa para o agente público”. Trata-se, segundo o magistrado paulista, de garantia constitucional a aplicação da teoria subjetiva para responsabilização do preposto, pela via da ação regressiva, não admitindo que a lei inferior imponha gravame maior do que a Lei Magna estabeleceu.²⁶⁷

Sob essa ótica, os notários e registradores somente poderão ser **diretamente** responsabilizados por abuso, excesso, desídia, emulação, imprudência ou negligência, elementos componentes da culpa **lato sensu**. É o que se extrai da interpretação **teleológica** do art. 22 da Lei 8.935, defendida por Rui STOCO: “não se estabeleceu a responsabilidade objetiva dos notários e registradores. Apenas e tão somente uma cadeia de direitos de regresso, de modo que, condenado o Estado, exsurge a obrigação de exigir do titular da serventia aquilo que pagou”, assegurando-se, por sua vez, ao titular da serventia o

²⁶⁷ Responsabilidade Civil dos notários e registradores (Comentários à Lei 8.935, 18.11.940) RT 714/50. Assinala, Ruy STOCO, que “a ninguém ocorrerá estender essa obrigação de risco ao próprio servidor ou agente público que, tendo em vista os princípios da hierarquia e da legalidade, só poder fazer aquilo que a lei permite, sem qualquer margem de discricionariedade. Isso quer dizer que seus atos, sendo regradados, só por abuso, excesso, desídia, emulação, imprudência ou negligência podem ser diretamente responsabilizados” (ibid., p. 51)

direito de regresso contra o seu preposto, causador direto do dano a terceiro, e nada mais.²⁶⁸

Conforme o escólio de Irineu PEDRROTTI, “um dos pontos relevantes a ser examinado é que o preceito constitucional não exige que os agentes das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadores de serviços públicos venham a agir no exercício de suas respectivas funções, mas, sim ‘nessa qualidade’”, Basta, simplesmente, que a condição de servidor público tenha contribuído para a prática do ato danoso para que o Estado responda civilmente.²⁶⁹

J. M. De CARVALHO SANTOS e Miguel Maria SERPA LOPES também defendem a responsabilidade subjetiva (extracontratual ou aquiliana) dos titulares de ofício. Para o primeiro a responsabilidade civil dos notários e dos registradores, em face dos danos que causarem às partes no exercício das funções do cargo, não pode ser posta em dúvida, resultando, no sistema do nosso Código, do texto do art. 159, pela forma ampla como está redigido.²⁷⁰

Miguel Maria de SERPA LOPES leciona que a “responsabilidade dos Oficiais determina-se em conformidade com os deveres de suas funções. Os Oficiais são responsáveis pela infração das normas legais inerentes aos requisitos formais dos atos que praticarem”.²⁷¹

²⁶⁸ “A verdadeira exegese do art. 22 da Lei 8.935/94 não pode ser extraída de sua literalidade, ou seja, não há como aplicar a interpretação literal ou gramatical e sim, teleológica, de modo que se harmonize e conforte a regra constitucional que lhe antecedeu” (cf. STOCO, R. *Ibid.*, p. 51).

²⁶⁹ **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Universitária de Direito Ltda., 1990, v. I, p. 209.

²⁷⁰ **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, v. XXI. Observa, também, que, “ao contrário do que está firmado na doutrina mais corrente, com relação à responsabilidade civil dos que exercem profissões liberais, o erro profissional não lhes poderá servir de escusa. Aplicam-se aqui todas as consequências da culpa aquiliana, entre as quais a de obrigar a indenização de qualquer dano resultante de culpa do agente no exercício das suas funções. Não se toleram enganos. Nem se encaram com benignidade os erros de ofício. Prevalecem, em suma, os princípios do direito comum, surgindo a responsabilidade desde que haja de parte do oficial dolo, ou negligência, ou, melhor, dolo ou culpa, em qualquer de suas modalidades”.

²⁷¹ **Tratado dos Registros Públicos**, 5ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, v. I, p. 110.

Seguindo esse entendimento decidiu, aliás, o Tribunal de Justiça de São Paulo, nos seguintes termos: “o cartório é repartição pública, mas o respectivo titular é o agente público, responsável civil, administrativo e penalmente, pelos atos ilícitos cuja prática lhe for atribuída, certo que a responsabilidade civil é de maior diâmetro, porque abrange os atos inseridos na **culpa in eligendo**. Colacione-se o princípio do art. 28 da LRP, a enaltecer a personalidade ora afirmada.”²⁷²

Todavia, autores como Hely Lopes MEIRELLES, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, Yussef Said CAHALI, Humberto THEODORO JÚNIOR, Romeu Felipe BACELLAR FILHO e José Renato NALINI defendem a responsabilidade **objetiva** dos notários e dos oficiais de registro, respondendo o Estado apenas subsidiariamente, em caso de inadimplemento daqueles.

Para o primeiro, a responsabilidade dos agentes delegados, entre os quais inclui os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, é objetiva, e o Estado deve responder subsidiariamente. Segundo o administrativista, “esses agentes, quando atuam no exercício da delegação ou a pretexto de exercê-la e lesam direitos alheios, devem responder civil e criminalmente sob as mesmas normas da Administração Pública de que são delegados, ou seja, com responsabilidade objetiva pelo dano (CF, art. 37, par. 6º.), e por crime funcional, se for o caso (CP, art. 327)”. E isso porque, no seu entender, “não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das

²⁷² RJTJSP 93/142, Relator Des. Ernani de Paiva, 6ª. CC., j. 26.05.94 (Ementário Forense - Ano XLVII - nº. 565). No mesmo sentido: “Serventuário da Justiça - Responsabilidade civil - Danos decorrentes da demora na lavratura de escritura de venda e compra - Falecimento do outorgante vendedor - Necessidade de adjudicação do imóvel por via judicial - Culpa caracterizada - Indenização devida - Aplicação dos art. 879, 957, 159 e 1.056 do CC. Responde o serventuário da Justiça pelo atraso na confecção da escritura de compra e venda a seu cargo, devendo arcar com os gastos extraordinários desembolsados pelos autores para a regularização da compra, se, com a morte do outorgante vendedor, fez-se necessário ingressar em juízo a fim de obter a adjudicação do imóvel, por meio de cessão de direitos hereditários (Tribunal de Justiça de São Paulo - Ap. 121.534 - 6ª. C. - j. 19.4.90 - rel. Des. Ernani de Paiva - RT 657/84).

responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente...”²⁷³

A responsabilidade do Estado pelos atos lesivos que esses agentes causem aos usuários ou terceiros é subsidiária e depende da comprovação, pela vítima, da insolvência do delegado, devedor principal. Enfatiza, o autor, que **não se trata de responsabilidade conjunta, nem solidária** com a do delegado, mas, **supletiva** da do causador do dano na hipótese de ele se revelar incapaz de satisfazer a indenização devida. E nenhuma responsabilidade pela execução da obra ou serviço recai sobre o delegante, pois quem contrata com o delegado “o faz em termos particulares, sem nenhuma vinculação com o Poder Público delegante”.²⁷⁴

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, da mesma forma, atribui ao Estado a **responsabilidade subsidiária** pelos danos causados ao particular pelas demais pessoas jurídicas de direito público auxiliares do Estado e, igualmente, pelas de direito privado, ou seja, depois de exauridas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural. Explica que isto se deve ao fato de que a **atividade lesiva só foi possível porque o Estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano**.²⁷⁵

Também partidário da responsabilidade objetiva do notário e do registrador é Yussef Said CAHALI, que, após minucioso exame da nova sistemática, assim resume o seu entendimento:

na linha do princípio inovador inserto no art. 37, par. 6º., da Constituição e da nova legislação ordinária ajustada aos seus enunciados, a responsabilidade

²⁷³ **Direito Administrativo Brasileiro**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.75-76.

²⁷⁴ Id.

²⁷⁵ Segundo o autor, estas são as pessoas jurídicas que, inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais sob **concessão** ou **delegação** explícitas (concessionárias de serviço público e delegados de função pública) ou implícitas (sociedades mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de **serviço público** propriamente dito (ibid., p. 443-444).

civil dos notários e oficiais de registro define-se como sendo igualmente objetiva, a prescindir de qualquer perquirição a respeito do elemento subjetivo do dolo ou culpa sua ou de seus prepostos bastando para o seu reconhecimento a demonstração do nexo de causalidade entre o ato (ou omissão) cartorário e o dano sofrido pelo particular.²⁷⁶

E assegura que, em tais condições, a teor do art. 2º., par. 1º. da Lei de Introdução ao Código Civil, resta revogado o art. 28 da Lei 6.015, de 31.12.73 (Lei de Registros Públicos), posto que “a responsabilidade civil dos notários e registradores sujeita-se, agora, aos mesmos princípios que informam a responsabilidade civil objetiva do Estado em geral”.²⁷⁷

Compartilhando do mesmo entendimento, Humberto TEODORO JÚNIOR comenta que uma das inovações importantes que ocorreu em matéria de responsabilidade civil do Estado, foi em relação aos serviços notariais: “no regime da Carta anterior havia controvérsia sobre se o tabelião e os oficiais dos Registros públicos deveriam ser tratados, ou não, como funcionários públicos. E, por conseguinte, se se deveria, ou não, reconhecer a responsabilidade civil do Estado pelos danos oriundos de irregularidade nos serviços notariais”. Referindo-se ao disposto no *caput* do art. 236 da atual Carta Magna, assevera que “não se pode mais insistir na qualidade de agentes do Poder Público para os notários e, por isso mesmo, não se haverá de entrever responsabilidade civil do Estado por ato de quem exerce em caráter privado o serviço notarial. A situação é equivalente à das empresas concessionárias de serviços de transporte coletivo ou de comunicações”. Por fim, assim conclui: “parece-me, porém, que a nova responsabilidade dos notários e oficiais de registro será ‘objetiva’, dispensando-se a perquirição do elemento culpa, em face da regra do par. 6º. do art. 37 da Constituição, que equipara as pessoas de direito

²⁷⁶ **Responsabilidade Civil do Estado**, 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 348.

²⁷⁷ *Id.*

privado prestadores de serviço público à pessoas de direito público, em matéria de responsabilidade civil”.²⁷⁸

Essa é também a posição de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, para quem a atividade do notário e do registrador é uma atividade de risco. Distingue, todavia, o risco integral do risco administrativo: “a teoria do risco integral aceita a aplicação da responsabilidade objetiva por inteiro, de uma forma inconseqüente. Não há defesa. Pela teoria do risco integral, basta a configuração do nexó causal, dano, mais participação do agente público e com a obrigação de indenizar”. Segundo a teoria do risco administrativo, o agente público não pode alegar que não houve culpa ou dolo, por si ou por seus prepostos, mas pode e deve alegar que quem agiu com dolo e com culpa foi a vítima, ou que ela contribuiu decisivamente para a configuração do evento danoso. “A conduta da ‘vítima’ é que vai valorar para mais ou para menos a responsabilização”.²⁷⁹

José Renato NALINI confirma, igualmente, a responsabilidade direta dos oficiais de notas e de registro em face dos danos causados ao particular, sob o pressuposto de que “é da essência da delegação a assunção de riscos”.²⁸⁰ O delegado da função notarial e da função registrária “assumiu o *risco* de um desempenho estatal e se substituiu, inteiramente, ao Estado. Ao receber a delegação, obrigou-se a responder por seus atos e a satisfazer os encargos impostos pela lei.”²⁸¹ O autor classifica essa responsabilidade como uma responsabilidade por **culpa do serviço** (má execução do serviço, independente de culpa pessoal, não de uma responsabilidade objetiva,

²⁷⁸ Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. RT 662/10. O autor cita, igualmente, decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais nesse sentido: “Por força de norma constitucional específica - art. 236, par. 1º., da CF de 1988 - não responde o Estado por atos notariais, em face da caracterização dessa modalidade de serviço, que é exercido em caráter privado, por delegação do Poder Público” (Ap. 78.159-1. Relator: Des. Lúcio Urbano, j. 23.5.89, RJ Mineira 66/69).

²⁷⁹ In: ENCONTRO REGIONAL DO IRIB, 17º., Maio/1999. Lei 8.935/94: **Responsabilidade Civil, Criminal e Concurso**. Boletim 264.

²⁸⁰ **Registro de imóveis e de notas...**, p. 88.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 86.

pois, “se o erro na prestação do delegado causou danos a alguém, ao prejudicado não interessa perquirir quem causou a erronia, se o fez por dolo ou culpa. Ele terá, sempre, o direito à indenização.”²⁸²

Conforme o raciocínio acima, notários e registradores, posto que delegados de função pública, seriam responsáveis diretos pelos prejuízos que viessem a causar a terceiros, e o Estado, **responsável indireto**, ou seja, respondendo somente quando **esgotadas** as tentativas de o particular obter a indenização perante o titular do ofício.²⁸³

José de AGUIAR DIAS preconiza a responsabilidade puramente contratual dos tabeliães e dos oficiais de registro, não interferindo o fato de serem oficiais públicos: “se o notário age no papel peculiar às suas funções e não pode ser tomado senão na qualidade de oficial público, não menos certo é que as partes fazem com o tabelião um contrato cujo objeto é precisamente o exato exercício de suas funções.”²⁸⁴ Para o magistrado, a responsabilidade desses profissionais “difere da responsabilidade profissional em geral. Porque, ao contrário dos médicos, advogados, etc., assumem obrigação de resultado. Daí, a consequência: o erro não lhes serve de escusa.”²⁸⁵

²⁸² Ibid., p. 89.

²⁸³ Assevera José Renato NALINI, que “a responsabilidade objetiva do Estado também subsiste, embora sensivelmente atenuada. O poder delegante não se exime de toda a responsabilidade, pelo mero fato de haver delegado função que lhe incumbia. A jurisprudência posterior caberá delimitar essa responsabilidade, considerando-a subsidiária - ou supletiva - em lugar de tê-la como direta e simultânea à do delegado.” (ibid., p. 92). Esta não é, todavia, a posição da doutrina estrangeira, conforme ressalta NALINI. Com efeito, defende Eduardo Bautista PONDE: “Assinalo, destaco, pontualizo, sublinho, remarco: O Estado responde pelos atos e fatos dos funcionários públicos, seja direta ou indiretamente; o Estado não reponde pelos atos e pelos fatos do notário, nem direta nem indiretamente” (Tríptico Notarial, apud NALINI, J. R., ibid., p. 92).

²⁸⁴ DIAS, J. A. **Da responsabilidade Civil**. 10^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 303.

²⁸⁵ Id. Discordando dessa posição, Caio Mário da SILVA PEREIRA alerta que “para a corrente contratualista, se os atos praticados para o cliente seriam de natureza contratual, não caberia dentro desta o dano suportado por terceiros, que nem remotamente poder-se-iam qualificar como partes em relação aos atos tabelionais”. Para o autor, “quando alguém procura o cartório para reconhecer uma firma ou autenticar uma xerocópia; ou quando uma pessoa vai ao tabelião para lavar uma escritura ou testamento, não vejo um acordo de vontades gerando um contrato. O que nisso visualizo é a realização de um ato que é atribuição funcional do notário.

A natureza contratual da atuação dos notários também é firmada por Maria Helena DINIZ²⁸⁶ e José Renato NALINI.²⁸⁷ Para este, no

Ele o pratica (pessoalmente ou pela mão de um escrevente ou auxiliar) no exercício de uma função inerente ao cargo em que é investido" (op. cit., p. 180).

²⁸⁶ Para Maria Helena DINIZ, a responsabilidade é contratual frente às partes; perante terceiros, posto que não são partes no contrato nem sucessores daquele que contratou com o tabelião, a responsabilidade é extracontratual. Salienta, porém, que são raras as hipóteses em que os serviços prestados possuam natureza contratual. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**, 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, v. 7, 1987, p. 210.

²⁸⁷ "Inclino-me a enxergar, na atuação de notários e registradores, uma relação profissional de natureza eclética. Se as obrigações essenciais foram previstas em lei, as secundárias - especialmente em relação ao notário - se originam em verdadeiro contrato. Cada qual dos relacionamentos geraria uma espécie de responsabilidade. Todavia, a discussão é apenas doutrinária". (op. cit. p. 81-82).

Essa dicotomia do conteúdo jurídico da função notarial tem sido tema de estudos.

A respeito, já se afirmou que: "se propicia la valoración integral de la actuación notarial sin diferenciar entre función pública e función privada, ya que la distinción es meramente intelectual. El factor publicista y el privatista se combinan de tal forma, en la actividad que impossibilitan enmarcar la función en ninguna otra conocida. El notario es un profesional del derecho, encargado de una función pública. Esta conceptualización no encierra un doble carácter, sino que es una en su diversidad y heterogeneidad específica. En la externalización de la función el escribano no actúa o como profesional de derecho o como funcionario público, sino que lo hace en su solo carácter de notario. (...) La relación notario-Estado es de derecho público y extracontractual. La relación notario-requientes es de derecho privado y contractual. (...) Habrá responsabilidad civil notarial cuando el notario, en ejercicio de su función, falta a los deberes propios de su actividad, vulnerando la normativa legal al respecto, con un acción u omisión culposa o dolosa, productora de un daño, que le es imputable según las reglas de la causalidad adecuada. (...) Si en el actuar funcional el notario produce un daño su responsabilidad será contractual con respecto a las partes (requientes) y extracontractual con respecto a los terceros ajenos al mismo. El Estado carece de responsabilidad por los actos del notario" (cf. Cristina Noemi ARMELLA, Adriana COPES, Julieta Ema ORIOL, Joaquín Fernando LUCERO, José Luis PLA e José Alberto Vidal DIAZ *in* "Función Notarial y Responsabilidad - Primera parte". Trabalho apresentado na XXVI Jornada Notarial Bonaerense, de 24 a 26 de abril de 1986. **Revista Notarial** 407 y 627/86

No mesmo sentido o notário e professor da Universidade Notarial argentina, Carlos Nicolás GATTARI, assevera que a responsabilidade do notário é contratual frente às partes e extracontratual frente a terceiros e deriva do seu caráter de profissional do direito, que é o que o diferencia do notário saxão. "Tal es, en resumen, sin mayores especificaciones, la opinión de numerosos autores y jurisprudencia que pueden consultarse en Lloveras de Resk y Cristina Armella y otros ("ED", 105, y "RN", 411 y 727/86) (*in* **Manual de derecho notarial**. Buenos Aires: Depalma, 1992, p.258-9).

entanto, a discussão é apenas doutrinária, importando concluir que “os delegados dessa função pública denominada extrajudicial têm uma responsabilidade civil que ganhou consistência diante do texto constitucional e da normatividade que o regulamentou.”²⁸⁸

Com efeito, o sistema notarial e registral do Brasil adquiriu novos contornos com o advento da Constituição da República de 1988 e da Lei 8.935/94. No entanto, julgados recentes dos tribunais do País demonstram que a responsabilidade objetiva do Estado remanesce, não obstante o teor do art. 22 da respectiva Lei.²⁸⁹ A doutrina, como visto, ora tende para a corrente que atribui responsabilidade objetiva, ora

Em sentido oposto o notário espanhol, Enrique Gimenez-Arnau, afirma que “o mero fato de ter obtido do Notário a prestação de suas funções não permite presumir o caráter contratual da responsabilidade; pelo contrário, é preciso adotar como critério geral a responsabilidade extracontratual sempre que o labor do Notário tenha se limitado à esfera de seus deveres como funcionário; quem pretenda que a responsabilidade seja de outra natureza tem o encargo de provar a existência de um contrato de tipo determinado” (**Derecho Notarial Espanhol**, Madrid: Universidade de Navarra, 1965, v. III, p.324). O autor distingue o gênero (funcionário) da espécie (funcionário administrativo), podendo ser funcionário e desempenhar uma função pública com independência, quer dizer, sem ser empregado da Administração (ibid., p. 229).

²⁸⁸ Op. cit., 81-82.

²⁸⁹ Em recente julgamento, O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, assim firmou o seu posicionamento: A responsabilidade civil do estado é objetiva, dispensando assim, indagação sobre a culpa ou dolo daquele que, em seu nome, haja atuado. Quer sob a égide da atual Carta, quer da anterior, responde o Estado de forma abrangente, não se podendo potencializar o vocábulo “funcionário” contido no artigo 107 da Carta de 1969. Importante é saber-se da existência, ou não, de um serviço e a prática de ato comissivo ou omissivo a prejudicar o cidadão. Constatada a confecção, ainda que por tabelionato não oficializado, de substabelecimento falso que veio a respaldar escritura de compra e venda fulminada judicialmente, impõe-se a obrigação do Estado de ressarcir o comprador do imóvel (Supremo Tribunal Federal - RE 175739 - 2ª. T. DJU 26.02.1999, p. 16).

Também nesse sentido: “Indenização - Responsabilidade Civil do Estado - Fé pública de servidor em instrumento falso - Responsabilidade objetiva - Danos decorrentes de evicção - Restituição do valor do terreno remontado ao tempo da evicção - Inadmissibilidade - Indenização do valor pago constante da escritura pública - Recurso não provido (Tribunal de Justiça de São Paulo - AC 236.282-1 - São Paulo - 7ª. C. Cív. Rel. Leite Cintra j. 30.10.1996 - v.u., *Juris Síntese Millennium* nº. 23 - p. 2

“Natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais, exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos caso de dolo ou culpa (CF, art. 37, par. 6º.)” (Supremo Tribunal Federal - AGRRE 209354 - 2ª. T., rel. Ministro Carlos Velloso, DJU 16.04.1999, p. 19).

para a que atribui responsabilidade subjetiva aos notários e aos registradores.

Nesse contexto, o importante é lembrar que a questão da responsabilidade civil desses agentes delegados tem vinculação com a própria natureza jurídica do regime a que estão submetidos. Além disso, o fato de o art. 236 ter encarregado o legislador de estabelecer o regime da responsabilidades civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, traz em si a premissa de que essa responsabilidade deverá obedecer critérios específicos, direcionada a esta categoria de agentes.

Toda a conceituação doutrinária aqui enfrentada, notadamente no que respeita à classificação dos agentes públicos e à conceituação de delegação, permite uma avaliação mais precisa das conseqüências jurídicas da atuação dos notários e registradores. Importa, pois, ao operador jurídico, recorrer a uma avaliação mais criteriosa dos postulados que informam a responsabilidade desses oficiais, com vistas a tornar factível o comando inserto na norma regulamentadora do art. 236 da Constituição Federal.

Verificou-se, no decorrer da presente dissertação, que existiu uma nítida preocupação do constituinte brasileiro em manter uma certa coerência conceitual e principiológica em relação ao sistema notarial pátrio. Muito embora, a nova normatividade tenha propiciado uma verdadeira “crise de identidade institucional”, o que se percebe é que tanto a Constituição Federal de 1988 quanto a Lei 8.935/94 estão a demonstrar que o legislador respeitou as origens históricas do notariado, consagrando, aliás, o sistema denominado latino.²⁹⁰ Com

²⁹⁰ Segundo Ricardo Henry Marques DIP, a função autenticadora é a “pedra angular do notariado latino” (Querem matar as notas? In: NALINI, J.R. e outros. **Registros Públicos e segurança jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 97). Para o notário espanhol, Enrique Gimenez ARNAU, a teoria da fé pública é a que mais se aproxima das concepções da função notarial: “a missão do notário é dar fé aos atos em que intervêm, autenticá-los e estabelecer uma presunção de veracidade sobre sua autorização e uma prova da existência do ato documentado, prova que nos casos e circunstâncias normais não pode discutir-se” (ibid., v. I, p.141-2). Todavia, uma das características desse tipo de notariado está no fato de que o exercício da profissão pressupõe o aconselhamento e a orientação ao usuário do serviço, salvaguardando os seus interesses, prevenindo-os dos riscos na feitura do negócio jurídico. Nas palavras de Narciso ORLANDI NETO, “ele

efeito, a nova sistemática transformou uma atividade que antes era inteiramente subordinada, posto que caracterizada como serviço auxiliar e vinculado hierarquicamente ao Poder Judiciário, em serviço privatizado, ampliando, significativamente, a autonomia administrativa dos notários e dos registradores. Daí ser “compreensível que, ante maior importância dos poderes conferidos a tais profissionais, deva corresponder maior severidade no regime de sua responsabilidade”.²⁹¹ Sustenta-se, com efeito, que

“se, carente de responsabilidade fosse a instituição, a fé pública notarial que lhe é própria e sustenta a razão que motiva a instituição, perderia o poder ficto de credibilidade coercitiva que é imposta ao corpo social e ao próprio Estado. Sem a gama de responsabilidades não haveria como se impor a crença de fidedignidade, nos atos de lavra notarial, igualando-se estes, àqueles de instrumentalização particular.”²⁹²

Outro aspecto que restou minuciosamente examinado pela doutrina pátria e estrangeira, é o fato de que a delegação implica a transferência da execução de uma obra ou serviço público a um particular, que o faz em **nome próprio e por sua conta e risco**. Conseqüentemente, os notários e os registradores, ao receberem a delegação do Poder Público, assumem os riscos inerentes às atividade

aconselha e orienta. Ele investiga e avisa. Ele instrumentaliza o negócio e garante a validade da manifestação de vontade. Mais que isso, responde por ela” (Temas em torno dos princípios registrários. In SIMPÓSIO NACIONAL DE SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAIS, 1º., 1996, São Paulo. Serviços Notariais e de Registro. Teses... São Paulo: Anorege e Associação dos Serventuários de Justiça de São Paulo. p. 213-226).

²⁹¹ Cf. NALINI, J. R. Ibid., p.66-7. Observa o autor que “a conquista que se consubstanciou no art. 236 da Constituição da República Federativa do Brasil de 5.10.1988 e o conseqüente advento da Lei 8.935/94 refletem nítida alteração no tema da responsabilidade civil dos registradores e notários. Obteve-se a prerrogativa de certa autonomia administrativa - a tanto equivale a expressão em caráter privado - com certo afrouxamento dos poderes do Judiciário. O salto qualitativo no exercício das funções não poderia deixar de refletir numa nova concepção de responsabilidade civil enfatizada (...)” (ibid., p. 67).

²⁹² PUGLIESE, R. J. **Direito Notarial Brasileiro**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1989, p. 133.

notarial e registral. Afirma Francesco GARRI - para quem o delegado encontra-se na posição similar à do delegante, agindo em nome próprio e por sua conta - no que respeita à responsabilidade, que "a entidade delegada é diretamente responsável, perante terceiros, pelos atos tendentes à execução da delegação".²⁹³ Guldo ZANOBINI leciona, igualmente, que o notário presta a sua atividade em nome próprio e em seu próprio interesse, representado pelo lucro profissional, estipula com seus clientes contrato de direito privado, exercita a sua atividade em concorrência com outros profissionais e com responsabilidade exclusivamente própria.²⁹⁴

A lição dos doutos, portanto, permite concluir, indene de dúvida, que a delegação é perfeitamente compatível com a responsabilidade civil do notário, segundo a sistemática trazida pela Lei 8.935/9, ou seja, a responsabilidade objetiva. Verificou-se, igualmente, que essa modalidade de responsabilidade baseia-se no princípio *ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes; quem auferir os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos). Por isso, ao abrir mão do desempenho direto de uma atividade que lhe é própria, o Estado não o fez para favorecer uma categoria. "Ausente essa concepção de responsabilidade civil por culpa do serviço, o delegado das serventias extrajudiciais seria um privilegiado do sistema. Só auferiria as vantagens, no máximo

²⁹³ Apud CAHALI, Y. S. in **Responsabilidade Civil...** 159.

²⁹⁴ In **Corso di Diritto Amministrativo**. 4^a. ed. Milano: Giuffrè, 1949, v. 3, p. 318: "Se la natura pubblica dell'attività e la disciplina esercitata dallo Stato su questi professionisti, avvicinano la loro posizione a quella dei pubblici funzionari, tanto che da alcuni scrittori si è creduto di poterli qualificare quasi-impiegati o semi-impiegati, altri aspetti della loro posizione dimostrano il carattere privato di queste persone. Esse prestano la loro attività esclusivamente in nome proprio e per un proprio interesse rappresentato dal lucro professionale; stipulano con i loro clienti contratti esclusivamente di diritto privato e precisamente contratti di locazione d'opera; esercitano la loro attività in concorrenza con altri professionisti; incorrono, nell'adempimento dei loro impegni, in responsabilità esclusivamente propria; per tutte le controversie derivanti dalla loro attività professionale, sono sottoposti all'ordinaria competenza dell'autorità giudiziaria."

repartindo os ônus com o Estado, quando este os não suportasse sozinho.”²⁹⁵

Por isso, quer nos parecer que a interpretação mais adequada a ser dada ao art. 22 da Lei 8.935/94, é no sentido de que os titulares de ofícios de notas e de registro responderão diretamente pelos danos que vierem a causar ao particular, segundo a teoria do risco administrativo, podendo, todavia argüir a culpa ou dolo do agente causador do dano, bem como força maior e conduta culposa de terceiro, que possam afastar a responsabilidade do agente.²⁹⁶ O usuário lesado, portanto, não será prejudicado pela demora na solução do litígio, decorrente das prerrogativas concedidas à Fazenda Pública, como prazos diferenciados (em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer), duplo grau de jurisdição e execução mediante precatório.

Não se pode olvidar, porém, que o fato de ingressarem na atividade após aprovação em concurso público de provas e títulos, traz uma conseqüência de significativa importância para a delimitação da responsabilidade desses agentes delegados: o vínculo que se opera com o Estado é ainda maior, posto que a perda da delegação ocorrerá somente mediante processo administrativo ou por meio de sentença judicial com trânsito em julgado. Com efeito, “o delegante não perde a titularidade do poder delegado e deverá exercer vigilância sobre aquele a quem o exercício desse poder foi por ele transferido”.²⁹⁷ Trata-se, pois, de autêntica função pública que, a despeito de ser exercida em caráter privado, é fiscalizada e controlada pelo Poder Público. Por essa razão, e porque também lhe compete a boa escolha do delegado para a transferência de um serviço que lhe é próprio, persiste a responsabilidade subsidiária ou supletiva do Estado, o que vale dizer:

²⁹⁵ Cf. NALINI, J. R., *ibid.*, p. 90.

²⁹⁶ É necessário ressaltar que a Constituição Federal, no par. 6º, do art. 37, adotou a teoria do **risco administrativo** para responsabilizar objetivamente o Estado, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Daí não ser viável, posto que absolutamente discriminatório e incompatível com o sistema constitucional vigente, pretender atribuir uma responsabilidade objetiva ao tabelião ou ao registrador com base na teoria do risco integral.

²⁹⁷ Cf. PONDÉ, L.. Da delegação administrativa. **RDP** 49-50/15

competirá à Fazenda Pública a indenização pelos danos causados ao particular quando restar caracterizada a insolvência do titular do ofício. Nesse caso, o particular poderá ajuizar ação contra a Fazenda Pública, com fundamento na culpa *in eligendo* presumida do Estado. Essa alternativa, no entanto, poderia ser evitada se houvesse a previsão legal de exigência de prestação de caução para o exercício das funções notarial e registral, já que se trata de atividade de risco, ou, então, a realização de contratos de seguro que permitisse ao usuário o ressarcimento pelos prejuízos causados.

Claro está que, em sede de responsabilidade civil, não se pode esquecer do cidadão, titular de um direito violado por um oficial de notas ou de registro, na expectativa do seu ressarcimento. Como principal destinatário do serviço público, não poderá, simplesmente, quedar-se vencido, sem proteção jurídica, diante da insolvência do serventuário. Como afirma Roberto DROMI, “tener el derecho y carecer del recurso o acción para defenderlo és no tener nada. El deber ser no deviene jamás en conducta jurídica, si no se asegura su cumplimiento.” Para o administrativista argentino, a proteção jurídica se materializa na “fiscalización y control de las actividades y servicios privatizados a través de marcos regulatorios y entes de control, y en la atribución de responsabilidad com la consagración de la reparación de los derechos ofendidos.” E, logo a seguir, arremata: “toda responsabilidade reparatória se funda sobre a ofensa aos direitos reconhecidos e adquiridos.”²⁹⁸

Finalmente, é oportuno ressaltar que o Estado responde com o patrimônio público quando é vencido, o que implica repartir os encargos entre todos os cidadãos, face aos princípios da solidariedade social e da igualdade dos encargos que dão suporte à doutrina do risco administrativo. Certamente, não foi essa a intenção do legislador, ao estabelecer no art. 22 da Lei 8.935/94 que “os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem, a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos

²⁹⁸ Op. cit. p.163-4.

primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.” De fato, em um País como o nosso, em que a forma de distribuição de renda ainda afronta as diferenças sociais existentes, a coexistência de um sistema notarial e de registro, com prerrogativa de responsabilização objetiva do Estado e subjetiva do titular pelos prejuízos causados ao usuário do serviço, implica, sem sombra de dúvida, a aceitação tácita do pressuposto de que todos os cidadãos se solidarizam com o agente delegado para o pagamento da indenização. Essa situação demonstra subdesenvolvimento e exige maior seriedade no seu tratamento.

13. CONCLUSÕES

Depreende-se, da literalidade do artigo 236 da Constituição Federal, que os serviços notariais e de registro deverão ser prestados de forma descentralizada, fora da estrutura estatal, sob a forma delegada, por pessoas físicas (particulares) não compreendidas nos quadros funcionais da Administração Pública. Conseqüentemente, os notários e os oficiais de registro não podem ser classificados como servidores públicos. Incluem-se, na verdade, entre os agentes públicos denominados delegados de função pública, mais precisamente denominados particulares em colaboração com o Poder Público. Referidos agentes estão submetidos a um regime jurídico todo peculiar, por receberem a habilitação somente após a aprovação em concurso público (art. 236, par. 3º, da CF); por terem direito à estabilidade (a perda da delegação só decorrerá de processo administrativo com ampla defesa) -; por estarem proibidos de exercer a advocacia, de intermediar os seus serviços ou de exercer qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão. Por outro lado, os notários e registradores possuem características que suplantam à dos servidores públicos, a saber:

1. executam um serviço público em caráter privado, possuem competência própria gerada pela delegação, agindo em nome próprio e por sua conta e risco. O servidor público age somente em nome do Estado. Importa salientar que a exigência constitucional do concurso público de provas e de títulos para o ingresso na atividade foi inspirada no princípio da moralidade pública, eis que a sua não exigência implicaria retroceder ao tempo em que as serventias eram objeto de negócio e os tabeliães podiam transmiti-las por herança, legado, arrendamento ou alienação;

2. possuem total independência quanto ao gerenciamento administrativo e financeiro da sua atividade, inclusive no que diz respeito “às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhes estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços” (art. 21 da Lei 8.935).

3. não são remunerados pelos cofres públicos. Saliente-se que o art. 28 da Lei 8.935/94 expressamente prevê que tais agentes têm direito à percepção integral dos emolumentos pelos atos praticados na serventia;

4. estão vinculados à previdência social de âmbito federal;

5. a Lei 8.935/94 atribui a chamada fé pública para a prática dos atos notariais e de registro, o que significa que esses atos gozam da presunção de veracidade (mesmo aqueles praticados pelos escreventes). Os atos praticados por servidor público independem da atribuição legal da fé pública para que sejam portadores de eficácia e segurança (como ocorre, por exemplo, com os serventuários do foro judicial, os quais exercem as funções dos cargos de escrivães sem necessitarem de juramentação).

Saliente-se que os atos praticados pelos servidores públicos gozam da presunção de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade da Administração. A exigência da aprovação em concurso público para o ingresso na atividade delegada não significa, porém, que o exercente da função seja funcionário público, mas tem por finalidade investi-lo nos poderes para a prática de ato considerado como função pública, já que a exerce em caráter privado. O concurso público, ademais, foi a forma escolhida pelo legislador para estabelecer o critério de acesso dos interessados à atividade, em respeito ao princípio da moralidade administrativa, já que se trata de pessoa física.

6. na forma descentralizada da administração pública - como é o caso da delegação - não existe poder hierárquico do delegante sobre o delegado, no entanto, como prestam um serviço público, os notários e os oficiais de registro sujeitam-se à fiscalização e ao controle pelo Poder Judiciário (art. 236, par. 1º. da CF). A gestão privada do serviço é delimitada pela própria delegação, que os submete ao regime jurídico administrativo e aos princípios constitucionais que informam o direito público. Na esteira das prescrições constitucionais, a Lei federal definiu que o Poder Judiciário é responsável por fiscalizar os atos notariais e de registro, mencionados nos seus artigos 6º. a 13, atribuindo-lhe, ainda, a apuração das infrações disciplinares e a imposição das respectivas penas. Questão controvertida é a fiscalização pelo Poder Judiciário dos atos praticados pelos empregados da serventia. Existem, aqui, duas relações distintas: uma de caráter trabalhista e regida pela CLT, que vincula o titular e o empregado; outra de Direito Administrativo, que vincula o Poder Judiciário e o titular do Ofício. Está claro que compete ao Poder Judiciário a fiscalização dos atos praticados pelos prepostos do notário ou do oficial de registro, conforme disposição expressa contida no art. 37 da Lei 8.935/94. Porém, no que respeita à competência do referido órgão disciplinar de aplicar sanção pela prática de ilícito administrativo pelo preposto, o entendimento não é unânime. A relevância do interesse público impõe

a sanção, se necessária (especialmente se o titular não toma a providência necessária), justificada em sua base pelo poder de fiscalização do Poder Judiciário, previsto no próprio texto constitucional. De outra parte, não se pode olvidar que se o preposto é regido pelas relações de trabalho, ao juiz estadual não competiria puni-lo, pois é o titular que responde perante a Justiça Trabalhista. Esse impasse se deve ao caráter híbrido do regime jurídico dos notários e oficiais de registro. A questão do controle exercido pelo Poder Judiciário é matéria extensa, que mereceria um trabalho específico e aprofundado. Por ora, necessário se faz salientar que o poder de fiscalização deve ser tal que se permita a realização de um serviço público eficiente, sério, pautado em rigorosas normas de procedimento. E a inércia do titular não justifica a omissão do órgão responsável pela fiscalização. Não há como ignorar, pois, que a responsabilidade da Administração Pública assume contornos mais abrangentes, posto que esta, ao delegar uma função que lhe competiria exercer ao oficial de registro ou de notas, está reconhecendo a sua qualificação. Assim sendo, a fiscalização e o controle devem ser exercidos da forma mais ampla possível, para que a Administração não venha a ser chamada a reparar os danos pela eventual ineficiência do serviço.

7. no que tange à aposentadoria, submetem-se a regime jurídico próprio, estabelecido pela Lei 8.935/94, distinto, portanto, do regime jurídico estabelecido no art. 40 da CF para os servidores públicos. Todavia, o fato de os oficiais de notas e de registro receberem a delegação do Poder Público mediante concurso público de provas e títulos, evidentemente que a substituição interina do titular do ofício por quem não foi submetido a exame de conhecimento, necessário ao exercício da profissão, afronta os princípios constitucionais da moralidade, legalidade, igualdade e eficiência. O melhor caminho seria a inclusão do limite de idade para o exercício das funções na própria Lei 8.935/94, a exemplo do que ocorre na maioria dos países. Além disso, na delegação não existe essa presunção de definitividade como

ocorre com a *outorga* de serviço público, onde é transferida a titularidade do serviço, sem prazo determinado. Ao contrário, a delegação se opera por prazo certo. No caso dos notários e registradores, como não existe licitação e sim concurso de provas e títulos para a transferência da execução do serviço, resulta impositiva, também, a fixação de um limite temporal para a delegação: seja pela fixação de um limite de idade para o notário ou registrador, seja pela delimitação do período de duração da delegação.

Ressalte-se que, muito embora a Suprema Corte seja contrária ao entendimento de que os notários e os oficiais de registro não se classificam como servidores públicos, alguns Ministros, como Marco Aurélio, Francisco Rezek e Sepúlveda Pertence, têm se manifestado contrariamente a essa tradicional postura (RTJ, 126: 555). O primeiro já se negou a dizer que “na hipótese de delegação, aquele que a exerce, visando ao exercício de uma atividade que caberia de início ao Poder Público é um servidor público. Concesssionário não é servidor público, da mesma forma que um notário, se enquadrado no art. 236, porque simples delegado, não o é.” Também em voto vencido, o Ministro Sepúlveda Pertence assegurou estar convencido “de que a douta maioria se entregou ao exercício do que se tem chamado de ‘interpretação retrospectiva’, recusando-se a ver que a Constituição mudou”;

8. quanto ao regime previdenciário, merece destaque o disposto no artigo 51 da Lei 8.935/94. A princípio, poderia parecer, da leitura desse dispositivo em cotejo com o art. 40 da mesma lei, que o legislador concedeu uma faculdade aos notários e oficiais de registro nomeados antes da edição da referida lei para se filiarem ao sistema previdenciário federal. O suposto direito de opção, nesse caso, é inexistente, posto que *não há previsão* legal nesse sentido. Se fosse intenção do legislador assegurar a opção teria previsto expressamente, como o fez no artigo 48 da mesma lei que garantiu a opção aos escreventes pela transformação do regime de trabalho. Na verdade,

segundo o magistério de Clèmerson Merlin CLÈVE *supra* mencionando, a lei determina “a filiação compulsória de todos os notários e oficiais de registro investidos após a sua promulgação ao sistema previdenciário federal (INSS), garantindo a permanência da inscrição ao sistema previdenciário definido pela lei estadual nomeados antes de sua edição, de forma que os antigos notários e oficiais de registro não poderão se inscrever no sistema previdenciário federal e os novos não poderão se inscrever nos sistemas estaduais eventualmente existentes”;

9. outro aspecto a ser analisado diz respeito à competência para a delegação. Indaga-se se competiria, efetivamente, ao Poder Judiciário o ato de delegação desses serviços. Inicialmente, um fato a ser seriamente considerado diz respeito ao veto imposto ao dispositivo da Lei 8.935/94, que atribuía competência ao Poder Judiciário para *delegar* o serviço. Permaneceu a previsão constitucional expressa quanto à *fiscalização* dos atos dos notários, oficiais de registro e de seus prepostos pelo Poder Judiciário (par. 1º. do art. 236). Também restou explicitada a competência desse Poder para a *realização dos concursos* (art. 15 da Lei 8.935/94), todavia, não existe previsão quanto à delegação propriamente dita, não obstante ser esse um procedimento normal em todos os Estados da Federação. Mas isso por uma tradição, como afirma Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “uma felicíssima tradição (já que o Judiciário é, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, o melhor, o mais isento, o mais técnico e o mais confiável dos três Poderes, ao menos entre nós) é que são havidos como órgãos auxiliares dele”. Com efeito, se se trata de atividade essencialmente administrativa, se competiria à Administração Pública realizá-la, se compete ao Poder Judiciário a missão típica de dirimir conflitos e se não existe previsão expressa para delegar a execução dos serviços notariais e de registro, resta claro que a competência para delegar não pertence ao Judiciário e, muito menos, ao Poder Legislativo. Restaria ao Poder Executivo a dita competência. Necessário, então, estabelecer qual autoridade ou órgão desse Poder seria competente para tal

mister. Essa, porém, é uma questão que deve ser objeto de reflexão para que não paire dúvida quanto à legalidade da *investidura* do candidato aprovado no respectivo concurso. Os Códigos de Organização Judiciária dos Estados deverão prever, de forma expressa, a competência do Poder Judiciário para efetuar as delegações.

Mas, se por uma questão de tradição é possível aceitar essa delegação de competência para que o Poder Judiciário invista os aprovados em concurso na atividade notarial e de registro, o mesmo não se pode afirmar quanto à competência para *criar* ou *extinguir* os respectivos serviços. Primeiramente, porque não existe previsão legal nesse sentido. Em segundo lugar, porque a ser mantida a tradição da organização e administração dessas *serventias* pelo Poder Judiciário, não se pode ignorar que a própria Constituição Federal prevê a competência dos Tribunais de Justiça para propor ao Poder Legislativo respectivo, a alteração da organização e da divisão judiciárias. Por outro lado, ocorrendo modificação nesse sistema para organizar os serviços notariais e os de registro sob o entendimento de que não se trata propriamente de atividade judiciária, evidentemente que a competência para propor a criação e a supressão destes se arrastaria para o Poder Executivo. Em qualquer das hipóteses, é necessário que fique claro que nenhum dos Poderes têm competência para criar ou suprimir essas *serventias*, pois, “o modo como surgem e como se extinguem, evidentemente, é o mesmo pelo qual se criam e extinguem os feixes unitários de competências públicas, isto é, os segmentos em que se partilha o poder estatal; a saber: *por lei*”;

10. os notários e os oficiais de registro são responsáveis civil, criminal e administrativamente. No capítulo III, a Lei 8.935 os declara responsáveis pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, e assegura, ainda, o direito de regresso contra os seus prepostos, no caso de dolo ou de culpa.

A responsabilidade criminal é individualizada aplicando-se, no que couber, a legislação relativa aos crimes contra a administração pública. Sendo individualizada, não pode incidir sobre pessoa diversa da que causou o dano. Difere, portanto, da responsabilidade civil, cujo encargo decorrente do ato ilícito pode incidir sobre outra pessoa. Na responsabilidade penal, "o fato provocador de conseqüências criminais incide sempre sobre seu autor, individuado no plano objetivo e no plano subjetivo. Não há, pois, responsabilidade penal **por fato de terceiro** [grifo nosso] ou apurada coletivamente, sem distinção da conduta de cada agente envolvido". Isso significa que não se pode punir o delegado por crime praticado exclusivamente pelo seu preposto. Ainda, no que tange à responsabilidade penal, releva notar que os notários e os registradores respondem por crimes relacionados ao exercício da sua função. Isso se deve ao fato de que considera-se servidor público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, função ou emprego público, inclusive em entidade *paraestatal*.

A responsabilidade administrativa desses profissionais está regulamentada no capítulo VI da Lei. A inobservância das prescrições legais ou normativas; a conduta atentatória às instituições notariais e de registro; a cobrança indevida ou excessiva de emolumentos, ainda que sob a alegação de urgência; a violação do sigilo profissional e o descumprimento de quaisquer dos deveres descritos no artigo 30 da supracitada Lei, configuram infrações disciplinares que sujeitam os notários e os oficiais de registro às penalidades previstas no artigo 32, quais sejam: repreensão, multa, suspensão por noventa dias, prorrogável por mais trinta, e perda da delegação. Esta última depende de sentença judicial com trânsito em julgado ou, como nas demais hipóteses, de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa.

Na esteira das prescrições constitucionais, a Lei federal definiu que o Poder Judiciário é responsável por fiscalizar os atos notariais e de registro, mencionados nos seus artigos 6º. a 13, atribuindo-lhe, ainda, a apuração das infrações disciplinares e a imposição das respectivas penas. Questão controvertida é a fiscalização pelo Poder Judiciário dos atos praticados pelos empregados da serventia. Existem, aqui, duas relações distintas: uma de caráter trabalhista e regida pela CLT, que vincula o titular e o empregado; outra de Direito Administrativo, que vincula o Poder Judiciário e o titular do Ofício. Está claro que compete ao Poder Judiciário a fiscalização dos atos praticados pelos prepostos do notário ou do oficial de registro, conforme disposição expressa contida no art. 37 da Lei 8.935/94. Porém, no que respeita à competência do referido órgão disciplinar de aplicar sanção pela prática de ilícito administrativo pelo preposto, o entendimento não é unânime. A relevância do interesse público impõe a sanção, se necessária (especialmente se o titular não toma a providência necessária), justificada em sua base pelo poder de fiscalização do Poder Judiciário, previsto no próprio texto constitucional. De outra parte, não se pode olvidar que se o preposto é regido pelas relações de trabalho, ao juiz estadual não competiria puni-

lo, pois é o titular que responde perante a Justiça Trabalhista. Esse impasse se deve ao caráter híbrido do regime jurídico dos notários e oficiais de registro.

A questão do controle exercido pelo Poder Judiciário é matéria extensa, que mereceria um trabalho específico e aprofundado. Por ora, necessário se faz salientar que o poder de fiscalização deve ser tal que se permita a realização de um serviço público eficiente, sério, pautado em rigorosas normas de procedimento. E a inércia do titular não justifica a omissão do órgão responsável pela fiscalização. Não há como ignorar, pois, que a responsabilidade da Administração Pública assume contornos mais abrangentes, posto que esta, ao delegar uma função que lhe competiria exercer ao oficial de registro ou de notas, está reconhecendo a sua qualificação. Assim sendo, a fiscalização e o controle devem ser exercidos da forma mais ampla possível, para que a Administração não venha a ser chamada a reparar os danos pela eventual ineficiência do serviço;

11. a responsabilidade civil tornou-se muito mais ampla com a nova normatividade. Como decorrência da própria conceituação doutrinária acerca do instituto da delegação, a interpretação mais adequada a ser dada ao art. 22 da Lei 8.935/94, é no sentido de que os titulares de ofícios de notas e de registro responderão diretamente pelos danos que vierem a causar ao particular, segundo a teoria do risco administrativo, podendo, todavia argüir a culpa exclusiva da vítima, bem como força maior e conduta culposa de terceiro, que possam afastar a responsabilidade do agente. A Constituição Federal ao prescrever, em seu artigo 37, par. 6º., que “as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”, firmou o princípio da responsabilidade sem culpa dos agentes públicos e de seus delegados. Sob outra ótica, não se pode ignorar que o fato de o art. 236 da Constituição da República ter

encarregado o legislador de estabelecer o regime da responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, traz em si a premissa de que essa responsabilidade deverá obedecer critérios específicos, direcionada a esta categoria de agentes delegados.

Todavia, a despeito de ser exercida em caráter privado, a função notarial e registral é pública e, como tal, é fiscalizada e controlada pelo Poder Público. Por essa razão, e porque também compete ao Estado a boa escolha do delegado para a transferência de um serviço que lhe é próprio, persiste a responsabilidade subsidiária ou supletiva deste, o que vale dizer: competirá à Fazenda Pública a indenização pelos danos causados ao particular quando *restar caracterizada a insolvência do titular do ofício*. Nesse caso, o particular poderá ajuizar ação contra a Fazenda Pública, com fundamento na culpa *in eligendo* presumida do Estado.

Finalmente, é oportuno ressaltar que o Estado responde com o patrimônio público quando é vencido, o que implica repartir os encargos entre todos os cidadãos, face aos princípios da solidariedade social e da igualdade dos encargos que dão suporte à doutrina do risco administrativo. Certamente, não foi essa a intenção do legislador, ao estabelecer no art. 22 da Lei 8.935/94 que “os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem, a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.” De fato, em um País como o nosso, em que a forma de distribuição de renda ainda afronta as diferenças sociais existentes, a coexistência de um sistema notarial e de registro, com prerrogativa de responsabilização objetiva do Estado e subjetiva do titular pelos prejuízos causados ao usuário do serviço, implica, sem sombra de dúvida, a aceitação tácita do pressuposto de que todos os cidadãos se solidarizam com o agente delegado para o pagamento da indenização. Essa situação demonstra subdesenvolvimento e exige maior seriedade no seu tratamento.

O tema escolhido para esta dissertação comportaria, ainda, muitos desdobramentos e discussões. O caráter polêmico da natureza jurídica do regime a que estão submetidos os notários e os oficiais de notas ainda persiste. Além disso, a Lei 8.935/94 tem sido alvo de críticas quanto à constitucionalidade de alguns dos seus dispositivos, merecendo intensa e aprofundada pesquisa. Não obstante, com essas singelas considerações, espero ter contribuído para facilitar a elucidação de alguns aspectos da intrigante questão.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1988, v. 17.

ARMELLA, C. N. e outros . **Función Notarial y Responsabilidade** - Primera parte. Trabalho apresentado na XXVI Jornada Notarial Bonaerense, de 24 a 26 de abril de 1986. **Revista Notarial** 407 y 627/86.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. In: ENCONTRO REGIONAL DO IRIB, 17º., Maio/1999. **Lei 8.935/94: Responsabilidade Civil, Criminal e Concurso**. Boletim 264.

_____. **Responsabilidade civil e aposentadoria compulsória em debate**. Boletim do IRIB 268 (setembro 99).

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **O notariado brasileiro perante a Constituição Federal**. Disponível em <jacomino@regstral.com.br> Acesso em 11.02.2000.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. 10ª. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1986, tomo II.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 1981.

CARNEIRO, Alain de Almeida. Os serventuários da Justiça - sua situação jurídica. **RDA** 3/451-452, apud LUCENA, W. J. Regime Jurídico do pessoal das serventias não oficializadas do Estado. **RT** 534/49.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, v. XXI.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Da responsabilidade em geral. In: **Tratado de Direito Administrativo**, 4ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. I.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, v. III.

CENEVIVA, Walter. A lei dos Notários e Registradores. **Revista dos Tribunais** 712/94.

_____. **Lei dos notários e dos registradores comentada**. 3^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. 11^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Mèrlin. Regime previdenciário aplicável aos notários e oficiais de registro, em face da edição da Lei Federal 8.935, de 18/11/94, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal. **Gênesis - Revista de Direito Administrativo Aplicado**, jul/set. 1996, v. 3, no. 10.

_____. **Temas de Direito Constitucional** (e de teoria do Direito). São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 16.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. **Enciclopédia Saraiva do Direito**, vol. 55.

CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Dicionário de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2^a. ed. São Paulo: RT, 1992.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. III e IV.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 8^a. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. Participação Popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo** 191/26.

DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Janeiro de 1988, 27, C, p. 1788 e 1789.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 10^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**, 9^a. ed., São Paulo: Saraiva, v. 7, 1995.

DIP, Ricardo Henry Marques. Aposentadoria Compulsória de Registradores e Notários. **Revista de Direito Imobiliário** 47/190.

Ricardo DIP. Querem matar as notas? **Registros Públicos e segurança jurídica**. NALINI, J.R. e outros. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 97.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 6^a. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Giuffrè - Editore: 1962, XI.

ERPEN, Décio Antônio. A atividade notarial e registral: uma organização social pré-jurídica. Porto Alegre: **AJURIS**, v. 22, n. 63, p. 270.

_____. Da responsabilidade civil e do limite de idade para aposentadoria compulsória dos notários e registradores. **Revista de Direito Imobiliário**, ano 22, n^o. 47, p. 103-115, jul/dez. 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 2^a. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA, Sérgio de Andréia. **Direito Administrativo didático**. 3^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARRI, Francesco. **La responsabilità della pubblica amministrazione**. Turim: UTET, 1975, n. 47.

GATTARI, Carlos Nicolás. **Manual de Derecho Notarial**. Buenos Aires: Depalma, 1992.

GRAFF Junior, Cristiano. A natureza jurídica dos órgãos notarial e registrador. **AJURIS** 71/81.

GIMENEZ-ARNAU, Enrique. **Derecho Notarial español**. Madrid: Universidade de Navarra - Pamplona, 1964.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4^a. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997, tomo 1.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 7^a. ed. Librairie Recueil Sirey, 1911, apud BATALHA, W.S. Comentários à Lei de Registros Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.1, p. 50.

HORTA, Raul Machado. Regime jurídico das serventias de justiça - Competência normativa do Poder Judiciário. **Revista de Direito Público** 24/61.

JÈZE, Gaston. **Los Principios Generales del Derecho Administrativo**. Tradução de Carlos Garcia Oviedo. 3^a.ed. Madrid: Depalme, vol. II, tomo I, p. 285-287, apud BATALHA, W.S. Comentários à Lei de Registros Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.1, p. 50.

LAUBADÈRE, André de, VENEZIA, Jean-Claude, GAUDEMET, Yves. **Droit Administratif**, 15^a. ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995.

_____. **Manuel de Droit Administratif**. 4^a ed. 1995, apud LUCENA, J. W. Regime Jurídico do Pessoal das serventias não oficializadas do Estado. RT 534/45.

LAZZARINI, Alvaro. **Estudos de Direito Administrativo**, RT, 1995, p. 420, apud NALINI, José Renato. Registro de imóveis e notas: responsabilidade civil e disciplinar. São Paulo: RT, 1997 p.75.

LIMA, A. Da culpa ao Risco. **Revista Forense** 83/385.

LOUREIRO, Waldemar. **Registro da propriedade imóvel**. 5^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1957.

LUCENA, José Waldecy. Os serventuários de justiça - sua situação jurídica. **Revista de Direito Administrativo** 3/451.

_____. Regime jurídico do pessoal das serventias não oficializadas do Estado. **Revista dos Tribunais** 534/45.

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 23^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTON, G. **Les fondements de la responsabilité civile**. Paris: 1938, n^o. 97, apud AGUIAR DIAS, J. Da responsabilidade Civil, 10^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. I, p.2.

MAZEAUD E MAZEAUD, **Traité théorique e pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle**. 3^a. ed, t. 1, n. 19, apud GONÇALVES, C. R. Responsabilidade Civil. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.4.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO JÚNIOR, Regnoberto Marques de. **A instituição notarial: no direito comparado e no direito brasileiro**. Fortaleza: Casa de José de Alencar/UFC, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 4^a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2^a. ed. São Paulo: RT, 1987.

_____. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: RT 1990.

_____. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. **Revista dos Tribunais** 552/11.

_____. Serventias não oficializadas. **Revista de Direito Público** 80/45.

_____. A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registros e para delegação para provimento desses serviços. **Revista de Direito Imobiliário**, a. 22, n. 47, p. 197-212, jul/dez. 1999.

MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, vol.II, apud Roberto PUGLIESI, **Direito Notarial Brasileiro**. São Paulo: Leud, 1989, p. 130.

MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Teoria dos servidores públicos. **Revista de Direito Público** 1/40.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, t. VI.

MONTEIRO, H. P. O notário - organização notarial latina. **Revista Notarial Brasileira**, ano I, n. 1, p. 11-26, jan-abril/1974.

MONTENEGRO Jr. Eurico. Breves Anotações ao Novo Estatuto dos Notários e Registradores Públicos. **Revista dos Tribunais** 739/96.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NALINI, José Renato; DIP, Ricardo Henry Marques. A nova lei de serviços notariais e de registro. **Revista dos Tribunais** 717/23.

_____. A responsabilidade civil do notário. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo** 130/20.

_____. **Registro de imóveis e notas: responsabilidade civil e disciplinar**. São Paulo: RT, 1997.

NALINI, José Renato; CHICUTA, Kioitsi; ORLANDI NETO, Narciso et al. **Registros públicos e segurança jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

NEGRI, José Adrian. Principios fundamentales del Notariado Latino, apud Antônio Augusto FIRMO DA SILVA, Seminário de estudos e debates sobre projetos que preconizam a oficialização de cartório. **Revista Notarial Brasileira**, ano I, n. 1, p. 37, jan./abril 1974.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Delegação administrativa**. São Paulo: RT, 1986.

ORLANDI NETO, Narciso. Temas em torno dos princípios registrários. In SIMPÓSIO NACIONAL DE SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAIS, 1º., 1996, São Paulo. **Serviços Notariais e de Registro**. Teses... São Paulo: Anorege e Associação dos Serventuários de Justiça de São Paulo. p. 213-226.

PARIZATTO, João Roberto. **Serviços notariais e de registro**. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

PASSARINHO, Jarbas. **Exposição de motivos da CF de 1988 - nº 391 de 19 de agosto de 1994**.

PEDROTTI, Irineu. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Universitária de Direito, 1990, v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEREIRA, Antônio Abergaria. **Aposentadoria compulsória de notários e registradores**. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/Albergaria.htm>> Acesso em 4.27.00.

PONDÉ, Eduardo Bautista. **Origen e história del notariado**. Buenos Aires: Depalma, 1967.

_____. **Tríptico Notarial**, apud NALINI, José Renato. Registro de imóveis e notas: responsabilidade civil e disciplinar. São Paulo: RT, 1997, p. 92.

PONDÊ, Lafayette. **Da delegação administrativa**. RDP 49-50/15.

PUGLIESE, R. J. **Direito Notarial Brasileiro**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1989.

REIS, Clayton. A responsabilidade Civil do Notário e do Registrador. RT 703/15.

RIBEIRO, Benedito Silvério; LOBO JR, Hélio; AQUINO, José Carlos Xavier de. **Serviços notariais e de registro**. Teses apresentadas no 1º. Simpósio Nacional de Serviços Notariais e Registrais. São Paulo: Anoreg. 1996.

_____. **Comentários ao regime jurídico único dos servidores públicos civis**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MOURA ROCHA, José de. Notariado e Processo Civil. **Enciclopédia Saraiva**, vol. 55.

SANTOS, J.M. Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, v. XXI.

_____. **Repertório enciclopédico do Direito brasileiro**, v. 15.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, v. 1.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, v. IV.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Tratado dos Registros Públicos**, 5ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, v. I.

SILVEIRA, César da. **Dicionário de Direito Romano**, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1957, v. 2.

STOCCO, Rui. Responsabilidade Civil dos notários e registradores: comentários à Lei 8.935, de 18.11.94. **Revista dos Tribunais** 714/44.

_____. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: RT, 1994.

TÁCITO, Caio. **Ombudsman**. O defensor do povo. **Revista de Direito Público** 85/43.

TANODI, Aurélio. Comienzos de la función notarial em Córdoba. **Revista de la Universidad Nacional de Córdoba**, 1.155 (2 e 5): 539, ano XLII, apud MOURA ROCHA, José de Notariado e Processo Civil. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: v. 55, p. 16.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. **Revista dos Tribunais** 662/7.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Exigência de concurso público para provimento de vagas nos serviços notariais e de registro: um enfoque constitucional. **Revista de Informação Legislativa** 31/201.

VASCONCELOS, Edson Aguiar. Natureza jurídica da função delegada - Estudo a propósito do artigo 236 da Constituição Federal. **Revista de Direito/TJRJ** 21/51.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. A privatização dos cartórios. **Jurisprudência Catarinense**, v. 66, 1990.

ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**. 4^a. ed. Milano: Giuffrè, 1949, v. 3.