Hercules Alexandre da Costa Benício

Responsabilidade Civil do Estado Decorrente de Atos Notariais e de Registro

IRIB
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

co-edição

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Benício, Hercules Alexandre da Costa
Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro / Hercules Alexandre da Costa Benício. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Bibliografia.
ISBN 85-203-2760-5

1. Cartórios de notas – Brasil 2. Direito notarial – Brasil 3. Notários – Brasil 4. Registros públicos – Brasil 5. Responsabilidade do governo – Brasil I. Título.

05-3462 CDU-347.51:342.22:347.961(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Atos notariais e de registro : Responsabilidade civil do Estado : Direito 347.51:342.22:347.961(81)
2. Brasil : Responsabilidade civil do Estado : Atos notariais e de registro : Direito 347.51:342.22:347.961(81)

HERCULES ALEXANDRE DA COSTA BENÍCIO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

Co-edição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

IRIB

Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

HERCULES ALEXANDRE DA COSTA BENÍCIO

1945

© desta co-edição: 2005

Instituto de Registro Imobiliário – IRIB
e
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Visite o nosso *site*: www.rt.com.br

Serviço de Atendimento ao Consumidor: Tel. 0800-702-2433
(ligação gratuita, de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil (07 - 2005)

ISBN 85-203-2760-5

À memória de Raimundo Benício Teixeira, *tabelião e registrador em Paulistana/PI, meu avô, pela inteireza de caráter e pela honestidade tão bem transmitidas às gerações supervenientes, notadamente ao amado* Juraci da Costa Benício, *causador de meu profundo orgulho, meu pai.*

Agradecimentos

Meus mais fervorosos agradecimentos são endereçados à Universidade de Brasília, por sua Faculdade de Direito: coordenações, corpos docente, discente e de funcionários. Oxalá que este estudo possa representar parte útil da retribuição, por mim devida, pelos inestimáveis ensinamentos hauridos, desde a graduação, nesta honrada instituição de ensino.

Agradeço à minha saudosa mãe ANNA, *provedora de sabedoria e carinhos mil, que bem desempenhou sua função de criar os quatro filhos e provê-los, incessantemente, de educação ótima. Aos queridos irmãos* EDUARDO, ÉRICA e BABI, *bem como à adorável* MICHELLE, *pelo carinho, compreensão, amizade e apoio, fundamentais para exitosa conclusão deste trabalho.*

Aos amigos do curso de mestrado, fonte perene de entusiasmo em busca de conhecimento jurídico qualificado.

A todos os familiares e amigos, pelo afeto, constante confiança, suporte e solidariedade.

Ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal, pela seriedade e transparência com que vem conduzindo os certames de sua competência, fato esse que viabilizou a renovação dos ingressos nas atividades notariais e de registro. Minhas homenagens ainda a esta virtuosa corte pelo rigor com que tem pautado sua atribuição constitucional fiscalizadora de tais atividades.

"*Elegestes uma profissão muito nobre,*
mas cuidado que isto de estar dando fé continuamente,
em um mundo onde há tanta má-fé,
é como dormir com um pé em tua casa
e outro no cárcere." – Advertência feita
pelo notário argentino FRANCISCO RATTO
a EDUARDO BATISTA PONDE.
In: PONDÉ. *Tríptico notarial*, Buenos Aires:
Depalma, 1977, p. 214.

PREFÁCIO

A superficialidade com que se enfrentam questões árduas nos trabalhos acadêmicos costuma vir justificada pela angústia de uma era singularíssima.

O tempo se tornou escasso para as requisições a que estão sujeitos os estudantes. Parece que sua dimensão se alterou e que houve aceleração evidente – ou ao menos sensível – nos movimentos rotatórios que o determinam.

O excesso de informações disponíveis desconcerta o pesquisador e tende a fazê-lo perder o rumo. Nunca houve tanta disponibilidade do conhecimento, tanto acesso às suas fontes, tanta facilidade para a reprodução exata do pensamento alheio.

A multiplicação das possibilidades de ascensão na carreira universitária corresponde à inflação de dissertações e teses, tudo a resultar no natural empobrecimento da originalidade.

Por isso a surpresa – agradável e gratificante – de se defrontar com um trabalho como o produzido pelo Mestre HERCULES ALEXANDRE DA COSTA BENÍCIO, a mais original contribuição para um tema que ainda não se esgotou.

A pesquisa alentada veio provar que o autor se devotou com seriedade a entranhar-se no complexo universo da responsabilidade civil do poder delegante das atividades notariais e de registro.

Seguiu-se esquematização adequada, com abordagem proficiente de cada um dos capítulos propostos. A linguagem é precisa, sem perder fluência que torna o exercício da leitura um surpreendente atrativo.

As atividades confiadas aos tabeliães e registradores constituem uma tradição no direito brasileiro, transplantadas com secular experiência do direito luso. Dessa forma, vasta literatura se produziu, a incursionar por todos os aspectos dessa atuação.

Haveria espaço de abordagem ainda não explorado?

HERCULES ALEXANDRE consegue voltar um novo olhar para esse desempenho, focando, com a luz serena de sua erudição, o novo

status conferido pelo constituinte às atividades antigamente denominadas *extrajudiciais*.

Com vigor e senso de oportunidade, sustenta a conveniência de se transferirem atribuições da denominada *jurisdição voluntária* para profissionais perfeitamente capacitados a se desincumbirem de tais misteres. Essa alternativa é necessária e urgente. Liberaria o Judiciário para a missão de *solucionar controvérsias* e viabilizaria um modelo de *acesso à justiça* mais compatível com a realidade nacional.

Os serviços notariais e de registro encontram-se aparelhados para uma atuação dilatada e sobrevivem de emolumentos em regra desvinculados do erário. Um Estado às voltas com inúmeras carências de toda ordem, precisa ver atendidos pleitos como os de funcionamento eficaz da Justiça, independentemente de novos dispêndios.

A senda da outorga de novas atribuições aos delegados dos serviços extrajudiciais não é nova, mas aparece com tonalidades pioneiras na fisionomia traçada neste livro.

Enfrenta com galhardia alguns aspectos geradores de infindáveis discussões entre os iniciados, quais sejam o do *status empresarial* dos serviços e a sua desvinculação do Poder Judiciário.

Nesse ponto, ainda se defenda a autonomia administrativa dos antigos cartórios, completamente separados do Poder Judiciário, não há como recusar a intimidade entre as instituições. Preservou-se, por vontade fundante, um sistema de fiscalização confiado ao Judiciário. E quando se fala em *sistema de fiscalização*, não se está a contemplar o aspecto formal, a observância do tecnicismo e a adequada cobrança de emolumentos.

O constituinte pretendeu mais do Judiciário em relação aos serviços públicos delegados. Reclamou um controle de *eficiência* e *modernização*, modalidade conversora da Justiça em verdadeira *tutora* das atividades. Responsável por modelá-las consoante a idéia dilatada de realização do justo nutrida pelo Judiciário.

É por serem xifópagas as atividades judiciais e extrajudiciais que se pode pretender – com amparo em fundamentos racionais e de cientificismo jurídico – a transferência de atos de *jurisdição voluntária* aos agentes delegados.

O ponto de divergência em relação às ponderadas e lúcidas posições adotadas por HERCULES ALEXANDRE DA COSTA BENÍCIO está na sua visão sobre o papel das Corregedorias Gerais da Justiça. Entende não ser recomendável possa o Corregedor redefinir as atribuições cartorárias, sob argumento de que isso instauraria *"contínua instabilidade na estipulação da quantidade, dos tipos de atribuições e das limitações territoriais de atuação das serventias"*.

Acrescenta, como argumento desfavorável a essa função correcional, a curta duração dos mandatos bienais dos Corregedores, outro aspecto a conferir momentos de incerteza e insegurança para os serviços.

Tais inconvenientes seriam obstados diante de uma volumosa e cristalizada *doutrina correcional* resultante de longo exercício de fiscalização e controle sobre tabelionatos e registros públicos, há muitas décadas confiada às Justiças Estaduais.

O trabalho produzido pelos juízes corregedores, pelas assessorias, pelos próprios integrantes da categoria dos notários e registradores e ofertados às Corregedorias, consta de doutrina e de repertórios jurisprudenciais. Mais ainda, vai encontrar instância adequada e prestigiada, nas denominadas "Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça". Esse compêndio normativo e orientador é fonte de que nenhum estudioso pode abrir mão. Constitui roteiro seguro para um hígido exercício da relevante função pública delegada.

O exercício das funções notariais e registrárias é muito aproximado ao exercício da jurisdição. Por isso mesmo, as Corregedorias têm condições de dispor sobre redefinição das atribuições cartorárias, função ínsita e indissociável da fiscalização e correição permanente.

Essa irrelevante dissensão, porém, não ofusca o mérito da dissertação com foros de verdadeira tese. O objeto central foi dissecado com maestria. Convincente a postura defendida por Mestre HERCULES ALEXANDRE no sentido de que excluída a responsabilidade civil direta do Estado por atos praticados por estes singulares delegados.

Subjacente à exclusão, um fortalecimento da carreira de tabeliães e registradores, tudo a justificar eticamente sua remuneração mediante a percepção integral dos emolumentos.

Jovem e provido de pureza de propósitos, tem HERCULES ALEXANDRE a coragem moral de afirmar que não deve existir delega-

ção sem riscos. Assim não fora e a configuração jurídica seria a do cargo público, o da perfeita subordinação, o da hierarquia funcional em tudo diverso do atual figurino da delegação.

Lucidez, pesquisa, erudição vertida em excelente estudo, a obra veio a ser coroada por magnífica exposição oral, de maneira a satisfazer plenamente os responsáveis pela argüição, levada a efeito no Campus da Universidade de Brasília em abril de 2003.

Sinto-me privilegiado por me propiciar a Providência a oportunidade de, ao lado do eminente Professor INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e do orientador, o também jovem Professor FREDERICO HENRIQUE VIÉGAS DE LIMA, integrar a Banca de Mestrado de HERCULES ALEXANDRE DA COSTA BENÍCIO.

O apreço à área de predileção do jovem Mestre e a confiança no surgimento de valores novos, voltados ao desempenho ético da relevante função, foram concretamente estimulados com a leitura desta dissertação e realimentaram a esperança em dias melhores para a Justiça brasileira, na oportunidade da argüição.

JOSÉ RENATO NALINI

APRESENTAÇÃO

As atividades notariais e de registro constituem relevante serviço público que visam garantir a publicidade, autenticidade e segurança nos negócios jurídicos, a preservação da ordem social, bem como representam fundamental elemento de conservação da memória de um povo.

Nada obstante à referida importância, essas atividades, no Brasil, têm recebido pouca atenção da comunidade acadêmica. Até mesmo as críticas referentes a um suposto papel meramente burocrático de tais serviços não vêm acompanhadas de argumentos consistentes e sistematizados. De qualquer forma, o certo é que o notário e o registrador brasileiros vêm, tradicionalmente, amargurando desprestígio, havendo quem os enxergue, equivocadamente, como inúteis parasitas sociais ou "gigolôs do carimbo".[1]

No intuito de dar expressão à relevância da função notarial e de registro (sem, no entanto, poupar críticas ao casuístico modelo brasileiro definido por nosso Supremo Tribunal Federal), e considerando a escassez de estudos a respeito do tema, busca-se, com o presente trabalho, empreender um esforço conceitual e de localização de problemas concernentes ao regime jurídico dos notários e registradores, máxime no que diz respeito à responsabilidade civil decorrente de suas atividades.

Para tanto, dedicaremos um primeiro capítulo para explicitar a relevância social e jurídica dos serviços notariais e de registro, como garantidores de segurança e importantes inibidores de conflitos. Receberão breve e genérica análise o histórico do notariado brasileiro – que, após a Constituição de 1988, indubitavelmente, ganhou maior projeção jurídica – e os seus diferentes modelos no direito estrangeiro, por meio da verificação das peculiaridades dos tipos fundamentais de notariados existentes no mundo.

(1) A respeito desse desprestígio, *vide* BRANDELLI (1998, p. 52) e MELO JÚNIOR (1998, p. 197).

Em momento posterior, já no segundo capítulo, far-se-á uma abordagem mais específica sobre o regime jurídico dos notários e registradores no Brasil. Muito embora a doutrina que tenha se dedicado ao tema seja escassa e pouco sistemática, mostrar-se-á, por meio da utilização de precedentes jurisprudenciais, a dificuldade de enquadramento dos titulares de serventias não-oficializadas em uma categoria jurídica específica, seja a de servidores públicos ou de agentes particulares (profissionais liberais).

A partir daí, deitar-se-ão luzes sobre os seguintes temas, a saber: o poder delegante, a natureza jurídica dos cartórios e a compulsoriedade da delegação; a competência federal ou estadual para a fixação de atribuições cartorárias; a natureza jurídica dos emolumentos das serventias extrajudiciais não-oficializadas (como taxa especial) e a condição de servidores públicos para certos efeitos (tais como, legitimidade para figurar como autoridade coatora em mandado de segurança, tradicional compulsoriedade de aposentadoria aos setenta anos de idade e qualidade de funcionário público para os efeitos de tipificação criminal).

O capítulo final será destinado à análise específica da responsabilidade civil do Estado e dos titulares de serventias não-oficializadas, em face de prejuízos causados por estes, no desempenho de suas atividades funcionais. Em que pese o entendimento já reiterado pelo Supremo Tribunal Federal, considerando que o Estado (pessoa jurídica de direito público interno) responde diretamente perante a vítima, pelos danos causados por atos ilícitos de notários e registradores, pretende-se defender a tese de que, levando-se em conta o regime de delegação de serviço público a particulares (que pressupõe a assunção de riscos por parte destes), bem como considerando que os titulares de serventias extrajudiciais possuem autonomia administrativa e percebem emolumentos suficientes[2] para o desempenho de suas atividades,

[2] Assim dispõe o art. 28 da Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994, *in verbis*: "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." Por seu turno, reza o art. 21 da mesma lei que, *in verbis*: "O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro

a responsabilidade do Estado deve ser apenas subsidiária, ou seja, ocorrer somente depois de comprovada a insolvência dos agentes delegados responsáveis pelo dano.

O tema será, também, problematizado sob o enfoque dos critérios objetivo ou subjetivo para a aferição da responsabilidade direta do notário e registrador. Buscar-se-á demonstrar que, mesmo após o advento da Lei 8.935/1994 – em cujo art. 22 sugere-se a responsabilidade objetiva do titular da serventia não-oficializada[3] – e a entrada em vigor do novo Código Civil (Lei 10.406/2002),[4] a configuração do dever de ressarcir em face do dano perpetrado pelo tabelião ou registrador, por decorrer geralmente de condutas omissivas das devidas cautelas, deverá sobrevir da comprovação do elemento subjetivo da culpa ou dolo (cabendo ao titular não-oficializado, dentro do sistema da culpa administrativa, a alegação escusatória que prove haver empregado todos os meios ao seu alcance para evitar o dano). Não se aplica, pois, para as atividades notariais e de registro, a teoria do risco profissional como regra.

O tema relativo à responsabilidade do Estado e de seus agentes, conforme se verificará, encerra um conjunto quase inesgotável de problemas, cujo aprofundamento, em vários casos, já foi objeto de alentados tratados. Desde logo, esclarece-se que o intento perseguido não é tanto da completude descritiva e informativa, para a qual remetemos à vasta literatura existente. Nossa preocupação, todavia, voltou-se, antes

é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe 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".

(3) O art. 22 da Lei 8.935/1994 preceitua o seguinte, *in verbis*: "Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurando aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos."

(4) Reza o art. 927 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que, *in verbis*: "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. *Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*" (g.n.)

e precipuamente, para o delineamento dos principais aspectos que se mostrem necessários para a compreensão do regime jurídico da reparação dos danos causados por notários e registradores.

A pesquisa enquadra-se em área relativa ao direito público, haja vista que notários e registradores devem ser tratados como agentes delegados prestadores de serviços públicos.[5] Não se pode negar, outrossim, que a responsabilidade civil do Estado e de seus agentes delegados é, a princípio, estudo afeto ao regime jurídico de direito público, sendo que os problemas analisados na presente dissertação decorrem diretamente das disposições contidas no art. 236 da Constituição de 1988, que, juntamente com a Lei 8.935/1994 (a qual regulamenta o mencionado art. 236 da Constituição Federal e estabelece o estatuto dos notários e registradores), constituem verdadeiro marco legislativo na história do notariado brasileiro. Vale dizer que, por expressa determinação constitucional, os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público; e o ingresso na atividade depende de concurso público de provas e títulos.

A Constituição, todavia, não estabeleceu com nitidez, relativamente à prestação de tais serviços cartorários, a demarcação dos campos próprios ligados ao Poder Público e à iniciativa privada. Conforme se pretende demonstrar, notários e registradores, na condição de particulares prestadores de serviços públicos, enquadram-se em modelo especial de regime jurídico, caracterizado pelo caráter híbrido (semipúblico ou misto), em que o regime de direito privado é aplicável nos limites definidos pelo direito público.

Impõe-se, desde logo, um alerta: Muito embora haja significativas diferenças entre as atividades notariais e registrais, considerando que, por força do art. 236 da Constituição Federal, tais atividades são enquadradas dentro de um mesmo regime jurídico-legal (Estatuto dos Notários e Registradores – Lei 8.935/1994), os institutos jurídicos relacionados a essas atividades serão tratados de forma homogênea e sem distinção.

(5) Com efeito, conforme dispõem o *caput* do art. 236 da Constituição Federal de 1988 e o art. 3º da Lei 8.935/1994, os notários (ou tabeliães) e os registradores (ou oficiais de registro) são profissionais do direito, dotados de fé pública, que exercem em caráter privado os serviços notariais e de registro, *por delegação do poder público.*

Seguindo esse raciocínio, em certas passagens do presente trabalho, limitar-nos-emos a fazer referência à atividade ou instituição notarial, quando estivermos nos reportando ao sistema jurídico brasileiro aplicável a notários e registradores.[6]

Brasília, maio de 2005.

HERCULES ALEXANDRE DA COSTA BENÍCIO

(6) As atividades notariais e registrárias não se confundem. Tal como explicita o art. 5º da Lei 8.935/1994, os titulares de serviços notariais e de registro são os: I – tabeliães de notas; II – tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos; III – tabeliães de protesto de títulos; IV – oficiais de registro de imóveis; V – oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas; e VI – oficiais de registro civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas. Entendemos que o legislador deveria ter tratado os oficiais de protesto de títulos como verdadeiros "registradores" (e não propriamente como tabeliães). *O protesto de um título aproxima-se mais ao registro de documento com subseqüente notificação (publicidade) da dívida. Não é por outro motivo que, dispondo em "ato falho", a Lei 9.492/1997, muito embora se refira constantemente à figura do "tabelião de protesto", determina, no parágrafo único do art. 9º, que "qualquer irregularidade formal observada pelo tabelião obstará o registro do protesto"*. Por outro lado, segundo mencionado no voto do eminente Min. Ilmar Galvão, quando do julgamento da ADInMC 2.415/SP, ao transcrever passagem da petição do Colégio Notarial (figurante como *amicus curiae*), resta demonstrado que, *in verbis*: "a atividade do tabelião de protesto de letras e títulos não é, porém, uma atividade de registro; ela não retrata, pura e simplesmente, uma realidade já existente, como é próprio aos atos registrais, mas, pelo contrário, perfaz a criação de algo novo, um instrumento, a partir da consecução de um ato jurídico 'stricto sensu' de natureza notarial, considerado o adjetivo em sentido amplo." Para SAVRANSKY (1962, p. 70-71), a função de legitimar e dar publicidade é própria dos registradores, ao passo que notários (tabeliães) são responsáveis pela assessoria e, posterior, legitimação, autenticidade e formalização dos atos jurídicos. Por seu turno, VIEGAS DE LIMA (1998, p. 100-102), mencionando escólio de Wilson de Souza Campos Batalha e demonstrando a complexidade da matéria, faz interessante distinção entre a eficácia declaratória e constitutiva de atos típicos do Registro Civil, *in verbis*: "Dos Registros Públicos disciplinados pela Lei sob comentário, o registro civil das pessoas naturais (físicas) não é, em regra, essencial à constituição da situação jurídica, do *status civitatis et familiae*. O registro de nascimento e da morte tem meramente o aspecto de publicidade. O registro das emancipações, por escritura pública, bem como o das opções de nacionalidade é indispensável para aquisição de oponibilidade

erga omnes. O registro das sentenças que deferirem a legitimação adotiva, que decretarem a interdição ou declararem a ausência tem efeito constitutivo complementar do efeito constitutivo da própria sentença com trânsito em julgado, de que representa o derradeiro ato do procedimento executório. (...) Seu caráter de inovação no mundo jurídico impõe as formalidades registrárias para que tal inovação se torne conhecida de terceiros, posto que (*sic*), face às complexidades da vida moderna, já não é bastante a publicidade peculiar aos atos processuais, impondo-se a publicidade maior que do registro decorre. Quanto às formalidades preliminares do matrimônio, assumem feição de formas habilitantes, credenciando os nubentes, preenchidos os requisitos de publicidade, à celebração do casamento. Celebrado este, o respectivo assento adquire o aspecto de formalidade constitutiva, complementando o novo *status familiae*."

SUMÁRIO

PREFÁCIO – José Renato Nalini 11

APRESENTAÇÃO 15

LISTA DE ABREVIATURAS 25

1 – A RELEVÂNCIA PROFISSIONAL DAS ATIVIDADES NOTARIAIS E DE REGISTRO 27

1.1 A jurisdição voluntária 35

1.2 Breve histórico do notariado brasileiro 41

1.2.1 Origens das funções notariais 41

1.2.2 A evolução do notariado no Brasil 42

1.2.3 O desenvolvimento das atividades registrárias 47

1.2.4 Debates sobre a oficialização das serventias extrajudiciais ... 49

1.2.5 A Constituição de 1988 e o exercício em caráter privado dos serviços notariais e de registro 53

1.3 Modelos de notariado no direito estrangeiro 57

1.3.1 Os notariados na Alemanha 58

1.3.2 O notariado na Espanha, França e Itália 60

1.3.3 O notariado em Portugal 62

1.3.4 O notariado japonês 63

1.3.5 A introdução do modelo latino no continente africano 64

1.3.6 O notariado anglo-saxão 64

1.3.7 O notariado livre no Uruguai 66

1.3.8 O notariado do tipo administrativo 67

1.3.9 O notariado chinês 69

2 – O REGIME JURÍDICO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL 71

2.1 O poder delegante, a natureza jurídica dos cartórios e a compulsoriedade da delegação 72

2.1.1 O veto ao art. 2º da Lei 8.935/1994 e a suposta competência delegante do Poder Executivo 74

2.1.2 Os cartórios não são dotados de personalidade jurídica 77
2.1.3 A regulação dos serviços notariais e de registro em leis de organização judiciária 78
2.1.4 A (des)necessidade de lei para a criação de cartórios extrajudiciais 78
2.1.5 A tendência jurisprudencial em conferir ao Judiciário a competência para outorga da delegação de serviços notariais e de registro 82
2.1.6 Mostra-se recomendável que cartórios sejam criados por lei ... 84
2.1.7 A natureza compulsória da delegação de serviços notariais e de registro e os problemas práticos daí advindos 90
2.1.7.1 O registro de sociedades empresárias nas juntas comerciais 93
2.1.7.2 Os registros no INPI e nas entidades ligadas ao Ministério da Cultura 94
2.1.7.3 O registro de contratos com cláusula de alienação fiduciária nos Departamentos de Trânsito 95
2.1.7.4 A autenticação de cópias de peças processuais por advogados 100
2.1.7.5 Os registros de nomes de domínios na internet 101
2.1.7.6 A certificação digital e as autoridades certificadoras .. 102
2.2 A competência estadual para a fixação das atribuições cartorárias e a competência federal para a regulação de registros públicos 102
2.3 A natureza jurídica dos emolumentos das serventias extrajudiciais não-oficializadas 110
2.3.1 A natureza tributária: os emolumentos cartorários são considerados taxas 111
2.3.2 Os problemas advindos da categorização de emolumentos como taxas 115
2.3.2.1 Destinação de taxas a entes privados 115
2.3.2.2 Taxas *versus* tarifas 117
2.3.2.3 A relação jurídica (extra)contratual entre o delegatário e os usuários dos serviços notariais e de registro 119
2.3.2.4 A existência de relação de consumo no desempenho das atividades notariais e de registro 122
2.3.3 A constitucionalidade de leis que estabelecem gratuidade ou redução de emolumentos cartorários 125
2.3.4 A necessidade de implementação de mecanismos de compensação em face das gratuidades ou reduções de emolumentos ... 133

2.3.4.1 A compensação viabilizada pela constituição de fundo capitalizado por selos de fiscalização das atividades notariais e de registro 136
2.3.4.2 A compensação advinda da cumulação de outras atribuições notariais ou de registro à serventia economicamente inviável 138
2.3.5 O dirigismo estatal e suas repercussões para os cofres públicos 143
2.4 A condição de servidor público para certos efeitos 147
2.4.1 A aposentadoria compulsória aos 70 anos 150
2.4.2 A legitimidade para integrar o pólo passivo de ação mandamental na condição de autoridade coatora e a condição de funcionário público para os efeitos penais 154
2.4.3 A ilegitimidade da Confederação Nacional das Profissões Liberais para propor ação direta defendendo interesses de notários e registradores 155
2.4.4 A possibilidade de cumulação das atividades notariais e de registro com o mandato de vereador 156
2.4.5 A não-submissão da remuneração de notários e registradores ao teto do funcionalismo público 158
2.5 O regime especial dos institutos jurídicos relacionados às atividades notariais e de registro 163

3 – A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DAS ATIVIDADES NOTARIAIS E DE REGISTRO 175
3.1 A responsabilidade civil no ordenamento brasileiro 179
3.1.1 Obrigação originária e responsabilidade 183
3.1.2 A ilicitude 184
3.1.3 Os elementos constitutivos da responsabilidade jurídica 185
3.1.4 As excludentes de responsabilidade 187
3.2 A teoria do risco e a responsabilidade civil do Estado 190
3.2.1 A insuficiência da noção de culpa como fundamento da responsabilidade civil 190
3.2.2 A responsabilidade fundada no risco 194
3.2.3 A responsabilidade civil do Estado e a socialização dos prejuízos causados pelo ente estatal 196
3.2.3.1 O Estado como sujeito de direitos e deveres 197
3.2.3.2 A evolução histórica da responsabilidade civil do Estado 198

3.2.3.3 A responsabilidade civil do Estado brasileiro 200
3.2.3.4 A Constituição de 1988 e a responsabilidade objetiva das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos 204
3.2.3.4.1 A atuação dos agentes públicos, "nessa qualidade", comprometedora do Estado 206
3.2.3.4.2 A vítima pode optar por demandar diretamente contra o agente público 208
3.2.3.4.3 A responsabilidade subjetiva do Estado por atos omissivos de seus agentes 209
3.3 Críticas e problemas que envolvem o modelo da responsabilidade objetiva 211
3.3.1 As dificuldades que permeiam a investigação do nexo de causalidade 216
3.3.2 A imputação objetiva pelo resultado 221
3.4 O art. 236 da Constituição Federal e as normas que regem a responsabilidade civil de notários e registradores 225
3.4.1 Breve histórico da responsabilidade civil dos titulares de serventias extrajudiciais no Brasil 225
3.4.2 A extensão da responsabilidade de notários e registradores ... 228
3.4.3 A especificidade da responsabilidade profissional de notários e registradores 233
3.4.4 A doutrina majoritária da responsabilidade direta do Estado ... 243
3.4.5 O descabimento da responsabilidade direta do Estado pelos atos notariais e de registro praticados em serventias não-oficializadas 246
3.4.6 O critério subjetivo de aferição da responsabilidade de notários e registradores 256

CONCLUSÕES 299

BIBLIOGRAFIA 307

LISTA DE ABREVIATURAS

a.C. – antes de Cristo
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AG – Agravo de Instrumento (STJ)
AI – Agravo de Instrumento
AgRg – Agravo Regimental
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF – Constituição Federal
Cf. – conforme
CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas
CPC – Código de Processo Civil
CTN – Código Tributário Nacional
Dec. – Decreto
Des. – Desembargador
Dep. – Deputado
DL – Decreto-Lei
DODF – *Diário Oficial do Distrito Federal*
DOU – *Diário Oficial da União*
DJ – *Diário de Justiça*
DJU – *Diário de Justiça da União*
EC – Emenda Constitucional
g.n. – grifo nosso
j. ou julg. – julgado
LC – Lei Complementar
LICC – Lei de Introdução ao Código Civil
MC – Medida Cautelar
Min. – Ministro
MP – Medida Provisória
MS – Mandado de Segurança

p. – página
PEC – Proposta de Emenda Constitucional
PL – Projeto de Lei
PLS – Projeto de Lei Iniciado pelo Senado Federal
public. – publicado
QO – Questão de Ordem
RDA – *Revista de Direito Administrativo*
RF – *Revista Forense*
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
Res. – Resolução
REsp – Recurso Especial
RMS – Recurso em Mandado de Segurança
RO – Recurso Ordinário
ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
Rp – Representação
RTJ – *Revista do Tribunal de Justiça*
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TCU – Tribunal de Contas da União
TJDFeT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

1

A RELEVÂNCIA PROFISSIONAL DAS ATIVIDADES NOTARIAIS E DE REGISTRO

SUMÁRIO: 1.1 A jurisdição voluntária – 1.2 Breve histórico do notariado brasileiro: 1.2.1 Origens das funções notariais; 1.2.2 A evolução do notariado no Brasil; 1.2.3 O desenvolvimento das atividades registrárias; 1.2.4 Debates sobre a oficialização das serventias extrajudiciais; 1.2.5 A Constituição de 1988 e o exercício em caráter privado dos serviços notariais e de registro – 1.3 Modelos de notariado no direito estrangeiro: 1.3.1 Os notariados na Alemanha; 1.3.2 O notariado na Espanha, França e Itália; 1.3.3 O notariado em Portugal; 1.3.4 O notariado japonês; 1.3.5 A introdução do modelo latino no continente africano; 1.3.6 O notariado anglo-saxão; 1.3.7 O notariado livre no Uruguai; 1.3.8 O notariado do tipo administrativo; 1.3.9 O notariado chinês.

Muito embora poucos conheçam as funções estatais delegadas aos titulares de serviços notariais e de registro, a gama de atribuições que compete aos cartórios extrajudiciais é responsável pela prevenção de litígios que, caso não fossem evitados, poderiam inviabilizar ainda mais o já problemático acesso à Justiça. A função notarial e registral é, essencialmente, um mister de prudência, justamente por esse sentido cautelar que a rege. E não se pode negar que a forma autônoma e pacífica de solução dos conflitos é preferível à óptica heterônoma do litígio judicial.

Notários e registradores, além de conferirem autenticidade e segurança aos atos jurídicos, atuam como assessores jurídicos qualificados e, muitas vezes, gratuitos.[1] Os notários são constantemente consultados

(1) Conforme ensina Cláudio MARTINS (1974, p. 41), os ofícios de justiça, sobretudo os tabelionatos e cartórios de registro, funcionam, no Brasil, como verdadeiros consultórios públicos gratuitos, orientadores das partes na realização dos seus atos negociais. "Num País, como o nosso, em que não é hábito do povo recorrer aos profissionais da advocacia, senão para as questões judiciais, e onde não se pratica ainda em larga escala, como seria de desejar, a chamada advocacia preventiva, ou seja, a consulta a advogados para orientação

na elaboração de contratos e a respeito do recolhimento de tributos na transferência de patrimônio; já os registradores civis funcionam como verdadeiros orientadores nas matérias concernentes ao direito de família e sucessões (alimentos, investigação de paternidade, adoção, inventários etc.); registradores de imóveis auxiliam nas questões referentes à transferência da propriedade imóvel, modelos de incorporação imobiliária etc. Por seu turno, os tabeliães de protesto de títulos prestam ajuda na satisfação de créditos (constituídos em títulos executivos) extrajudicialmente. Já os registradores de títulos e documentos e das pessoas jurídicas apresentam-se como consultores da legalidade na confecção de contratos particulares, bem como de contratos e estatutos sociais para a constituição de sociedades simples e associações.

Notários e registradores estão ligados à vida íntima das pessoas, sendo, pois, sua profissão de confiança. Recebem consultas comumente acerca de problemas familiares, econômicos e morais, dentre outros, exorbitantes ao mundo estritamente jurídico, transformando-se em verdadeiros conselheiros das partes.[2]

Por meio da fé pública que conferem aos atos, esses profissionais do direito revestem as relações jurídicas da certeza e estabilidade necessárias

preventiva de litígios, ocorre e é comum que os interessados em negócios de toda ordem procurem tabeliães, oficiais de registro, para deles ouvirem a opinião sobre a maneira como devem realizar-se tais negócios e as medidas de segurança que devem ser postas em prática. Os serventuários consultados, por seu lado, têm todo o interesse em responder às consultas que se lhes fazem nesse sentido, mesmo porque através disso exercem mister captador de confiança e propiciador de aumento de clientela e renda."

(2) Nos dizeres de BRANDELLI (1998, p. 138), "tem o notário o dever, hoje legal, de prestar consultoria e assessoramento jurídico a seus clientes, podendo, pois, não se manter restrito a conselhos jurídicos, mas, também, emitir conceitos e conselhos de valor, o que não se constitui em um dever funcional, mas, em um *plus* que só vem a melhor conceituá-lo como profissional. Não se deve confundir, entretanto, o mister notarial com o dos advogados, embora em ambos esteja presente o assessoramento e a consultoria jurídica. O advogado atua em defesa dos interesses de seu cliente, deve empenhar suas forças e conhecimentos em prol dos interesses do seu cliente, ao passo que o notário deve, imparcialmente, buscar a realização do melhor resultado de acordo com a vontade de ambas as partes envolvidas, constituindo-se numa espécie de magistrado extrajudicial".

à realidade cotidiana dos seres humanos, pessoal e socialmente considerados.[3] Se a busca por segurança é comum a toda a forma de vida e, portanto, também para o homem; se a sociabilidade é inerente à natureza humana; se os pactos (negócios jurídicos), em seu sentido amplo, são manifestações de sociabilidade; o notário, ao conferir certeza aos contratos, harmoniza essas duas dimensões características de todo ser humano: a sociabilidade e a segurança.

Quanto à importância jurídica das formas de um ato, BRANDELLI (1998, p. 148) nos ensina que, quanto mais complexo, mais formal será o ato. As formas, que impregnam ao ato uma atmosfera de segurança e certeza jurídica, têm manifestas vantagens para o direito, pois incitam o sujeito para que reflita a respeito do ato no qual está a intervir, evitando uma possível precipitação. Outrossim, as formas determinam e explicitam o caráter jurídico do ato, além de demarcarem o momento em que nasce um acordo de vontades.

Acresce que, por meio dos dados contidos nos arquivos dos cartórios, viabiliza-se o diagnóstico de fatores geopolíticos que servirão de base para a tomada de decisões governamentais. Por exemplo, o registro civil das pessoas naturais, além de outras destinações, tem a finalidade de oportunizar estudos estatísticos do índice de natalidade, mortalidade, densidade demográfica etc., viabilizando ou facilitando, assim, o implemento de políticas governamentais, com base nos dados coletados das serventias extrajudiciais pelos órgãos e entidades públicas (como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, o Instituto Nacional de Identificação – INI e Cartórios Eleitorais). Os bancos de dados dos cartórios de protesto desempenham relevante papel, contribuindo, com informações importantes, para a velocidade das práticas comerciais e para os Serviços de Proteção ao Crédito. Por seu turno, o indicador de concentração de incorporações imobiliárias, num dado serviço de registro imobiliário, oportuniza o ordenamento urbanístico e a racionalização da ocupação do solo.

É por meio de tabeliães de notas e de um organizado sistema de registro imobiliário, que se assegura o direito de propriedade (garantido

(3) No que tange à necessidade humana de segurança e certeza jurídicas, para a paz individual e social, GATTARI (1992, p. 5-18), ao discorrer sobre o fenômeno notarial, desenvolve interessante análise filosófica a esse respeito.

no inciso XXII do art. 5º da Constituição Federal). A esse propósito, vale mencionar a reflexão a que chega Henri Maigret ("Le notariat en face du déclin des notions de proprieté et de contrat", *Premier Congreso Internacional del Notariado Latino*, t. III, p. 185 e ss.), citado por Cláudio MARTINS (1974, p. 32), mostrando, *in verbis*: "(...) tanto mais independente e autônomo será o notariado, em determinada latitude, quanto mais firme for a legislação no sentido da proteção e manutenção da propriedade privada e da liberdade de contrato. Ao contrário, o declínio das noções de propriedade e de contrato determinará a colocação progressiva do notário no campo reservado ao simples burocrata, sem mais as características que singularizam a sua situação em face de uma legislação liberal, capitalista ou mesmo neocapitalista. As funções notariais, num sistema que repila a propriedade privada e a liberdade de contrato, serão exercidas pelo próprio Estado. É o que ocorre na União Soviética".[4]

Os atos notariais e registrais[5] podem, também, contribuir enormemente na elaboração do direito, havendo, mesmo, quem sustente que atos

(4) Cláudio MARTINS (1978, p. 122) revela, *in verbis*: "No que concerne ao notariado moderno, em seu magnífico trabalho *La institución notarial y el derecho*, obra merecidamente laureada, afirma Inácio Allende que 'o notariado sucumbe tão só quando se avassalam as liberdades individuais e se elimina ou desvirtua o direito de propriedade'. E acrescenta: 'Os homens livres precisam do notário para a mecânica de suas relações jurídicas, como os enfermos do médico, como a ponte do engenheiro'. Exatamente por isso o notariado independente, com raras e às vezes razoáveis exceções, cresceu e floresceu no mundo latino e ainda em países não latinos, tais como na Alemanha, a Áustria, o Canadá (província de Quebec), a Suíça e outros. Entre as exceções razoáveis figuram os Estados de origem anglo-saxônica, os quais, pelas peculiaridades de seus institutos jurídicos, basicamente costumeiros, não ensejaram o desenvolvimento do notariado profissional".

(5) Por meio da fundamentação de dúvidas suscitadas, os registradores podem contribuir com a evolução e interpretação do ordenamento jurídico. Por mais que as atividades notarial e registral devam, tal como menciona Ricardo DIP (1997, p. 51), obedecer ao princípio da legalidade estrita (sendo lhes vedada, à primeira vista, a faculdade integradora das lacunas jurídicas), não se pode negar que, por exemplo, o registrador de imóveis, ao qualificar – de forma discricionária – o título levado a registro ou averbação, pode auxiliar na configuração da repercussão real de certas relações obrigacionais em incorporações imobiliárias, analisando, também, a elasticidade do núcleo essencial do direito real de propriedade.

notariais constituem quase que uma fonte de direito. Neste sentido, o notário português Luís Filipe Aviz de BRITO (1966, p. XIII) pondera que, se os usos e costumes (que, via de regra, são práticas populares não-documentadas) se convertem em direito consuetudinário, desde que legitimados ("e sancionados pela *opinio juris*"), deve-se reconhecer que a cláusula notarial (muito mais precisa, por ser redigida e exarada por juristas profissionais), com peculiar razão, terá de caminhar na vanguarda dos usos e costumes, para elaboração de novas figuras jurídicas.[6]

Vários são os exemplos marcantes de como as cláusulas espontâneas dos atos notariais introduzem, na ordem social, um "filtro jurídico" de bons costumes que, por sua vez, gera um direito novo. Sob a tutela dos notários, devido à competência profissional e aos bons cuidados redacionais, criam-se verdadeiras figuras contratuais ou mesmo novos regimes que, dada a sua eficiência e utilidade, a lei escrita apressa-se a acolher.

À guisa de confirmação do que acabamos de asseverar, pode-se mencionar, ainda com a lição do notário Aviz de BRITO (1966), que, em Portugal, as convenções antenupciais forjam, não raras vezes, regimes mistos de bens que se autonomizam dos regimes tradicionais, ascendendo aos domínios de uma prática generalizada e conquistando a consagração da lei.

(6) Aviz de BRITO, na introdução (p. XIII) de sua obra intitulada de *O notariado na elaboração do direito privado*, menciona, *in verbis*: "Se não chega a constituir *fonte de Direito*, no seu rigoroso sentido político de exteriorização do direito objectivo, pode, contudo, a *cláusula notarial* ser considerada como uma *fonte de normas individuais*, se atendermos ao muito de valor autárquico que implicitamente se encerra na convenção que a transporta e nela se independiza das normas abstractas de que provenha assim como das declarações de vontade que a fizeram nascer. Já hoje começa a reconhecer-se que no *contrato* muito mais que uma justaposição de vontades existes, na sua essência, certo *fim* objectivo a impor os seus limites e exigências aos próprios contratantes. Aproximam-se, portanto, os dias em que as normas dos modernos negócios jurídicos quase tornarão como *fontes das obrigações*, desde que se admita que se estabeleceram não tanto como pura '*submissão lógica*' do caso particular perante a norma ou conceito geral, mas no processamento de verdadeiras normas concretas, para *individualização* do Direito, nas condutas unilaterais recíprocas" (grifos no original).

Em matéria hipotecária, notários contribuíram para a criação da norma legal portuguesa que veio a permitir a venda extrajudicial dos bens dados em garantia, e, em matéria comercial, influenciaram, por interpretações liberais do Código Mercantil, para que a sociedade limitada viesse a ser plenamente incorporada na vida jurídica.

Por seu turno, o jurista e sociólogo Vittorio OLGIATI (1995, p. 302), ao escrever sobre a evolução do notariado italiano, em período de definição do processo de integração socioeconômica dos países europeus – iniciado com o Tratado de Roma (1957) –, faz menção ao fato de que, *in verbis*, "[the Italian Notary] has also been able to invent and put into practice new technical legal schemes and contractual models now influencing Italian jurisprudence and legislation".

A propósito, os notários do tipo latino[7] – em decorrência do conhecimento qualificado que possuem sobre os ordenamentos jurídicos de

(7) Ainda neste capítulo, no item 1.3, a explicação dos diferentes modelos de notariado será objeto de breves considerações. Por ora, cumpre antecipar que, como ensina João Figueiredo FERREIRA (2000, p. 125-126), a função notarial já era conhecida e institucionalizada no século VI, ao tempo de Justiniano. Os seus fundamentos foram sendo aperfeiçoados através dos tempos, nas diferentes legislações dos povos mais cultos que povoaram a Europa, para adotar um padrão de uniformidade nos conceitos jurídicos, especialmente na legislação francesa de 1803 e na espanhola de 1862. A esses conceitos e práticas jurídicas convencionou-se dar o nome de *notariado do tipo latino*, praticado hoje em cerca de setenta países e em algumas regiões de países que professam o sistema jurídico denominado *common law* (Louisiania, Quebec, Londres). Modernamente, a União Internacional do Notariado Latino – UINL, organização não-governamental fundada em 1948, procurou estabelecer os princípios básicos que regem a função notarial e o seu exercício pelos profissionais do direito, atribuindo-lhes as seguintes características: a) o notário é um profissional do direito especialmente habilitado para dar fé dos atos e contratos que as pessoas outorgam ou celebram, de redigir os documentos que os formalizem e de assessorar aqueles que necessitem de seu trabalho; b) a função notarial é pública e o notário a exerce de forma independente, sem estar inserido hierarquicamente entre os funcionários a serviço da administração do Estado ou de outras corporações públicas; c) somente devem ter acesso ao notariado aqueles que tenham seguido com êxito os estudos que são exigidos em cada país para o exercício de profissões jurídicas. Recomenda-se, ainda, para chegar a ser notário, que os candidatos estejam habilitados em provas específicas, teóricas e práticas; e d) o notário deve cumprir sua função de forma escrupulosamente imparcial, para o que a lei deve estabelecer as respectivas incompatibilidades.

seus respectivos países, por serem profissionais imparciais na conexão de interesses públicos e privados, em face do prestígio e respeitabilidade de que desfrutam nas diferentes comunidades do Velho Continente, bem como por conferirem fundamental segurança e estabilidade jurídica aos atos por si praticados – vêm recebendo grande destaque e projeção dentre as profissões jurídicas no cenário da nova ordem político-jurídico-institucional surgida com a União Européia, como agentes viabilizadores de harmonização dos procedimentos e regras jurídicas transnacionais que estão sendo criadas.

OLGIATI (1995, p. 311-312), problematizando o futuro das referidas profissões, em face das importantes alterações e adaptações legislativas, bem como do declínio dos arranjos jurídicos até então existentes, assevera, *in verbis*: "Indeed, one might even argue that – *ceteris paribus* as far as other legal professions are concerned – the Latin-type Notary is at the eve of a real 'big leap ahead' in the broader legal realm and professional domain: its professional role-function might be even socially legitimized, not as mere 'utility' only, as has been so far, but as a proper structural necessity".[8]

Alberto Bittencourt COTRIM NETO (1973, p. 124) acompanha esse entendimento ao assinalar que, num mundo onde as relações negociais se fazem cada vez mais freqüentes e onde dezenas de milhões de pessoas viajam de um para outro país, anualmente, a passeio ou para transações econômicas, é fácil compreender a significação do papel do notário e como se lhe formulam imposições de conhecimentos, no plano jurídico.

Além do todo mencionado, é inegável a relevante função histórica desempenhada pelos documentos notariais e registrais, não deixando com que fatos importantes da vida de um povo se percam no tempo. Deveras,

[8] Em tradução livre, compreende-se que, "na verdade, pode-se dizer que – mantido o complexo cenário que se apresenta com a integração dos países europeus, enquanto outras profissões jurídicas devem estar preocupadas – o notariado do tipo latino está no limiar de um genuíno 'grande salto adiante' no vasto campo jurídico e no domínio profissional: o seu papel funcional (profissional) poderá ser até mesmo socialmente legitimado, não apenas como 'útil', tal como vem sendo tratado de há muito, mas como uma verdadeira necessidade estrutural".

conforme salientado por Aviz de BRITO (1966, p. 3), referindo-se ao ordenamento lusitano, "sem os textos notariais, muito difíceis senão impossíveis, teriam sido muitas das deduzidas interpretações do direito pátrio, por terem de ser obtidas sòmente à face das datas das Inquirições, das Ordenações, dos diplomas régios, ou dos escassos processos judiciais, de bem segura configurativa e tão precária conservação".

Vale ressaltar, por fim, que notários e registradores são elementos importantíssimos na política de fiscalização de tributos, uma vez que, em decorrência de imposição legal, tais agentes são responsáveis pela fiscalização da regularidade do recolhimento dos tributos que incidem sobre os atos e negócios relacionados com o exercício de sua profissão.[9]

(9) Determina o Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), no seu art. 136, que, "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato." Sobre a responsabilidade tributária, temos que, na mesma lei, está disposto o seguinte: "Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação"; "Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: (...) VI – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício; (...).", e, por fim, "Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I – as pessoas referidas no artigo anterior; (...)." No que tange à legislação previdenciária (especialmente a Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências), temos que: "Art. 47. É exigida Certidão Negativa de Débito – CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos: I – da empresa: (...); *b)* na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo; (...); *d)* no registro ou arquivamento, no órgão próprio, de ato relativo a baixa ou redução de capital de firma individual, redução de capital social, cisão total ou parcial, transformação ou extinção de entidade ou sociedade comercial ou civil e transferência de controle de cotas de sociedades de responsabilidade limitada. II – do proprietário, pessoa física ou jurídica, de obra de construção civil, quando de sua aver-

Assim sendo, compete ao tabelião ser um hermeneuta da legislação tributária e, nos dizeres de Cláudio MARTINS (1979, p. 56), "hermeneuta sem apelação, pois contra sua má ou errônea interpretação, ainda quando resultante de ato de boa-fé, são cominadas as mais severas sanções." Com efeito, é dever dos notários e registradores "fiscalizar o recolhimento dos impostos [tributos] incidentes sobre os atos que devem praticar" (inciso XI do art. 30 da Lei 8.935/1994).

1.1 A jurisdição voluntária

Entendendo-se jurisdição voluntária como a administração pública dos interesses[10] (direitos) privados, bem como não se restringindo subjetivamente o conceito de jurisdição voluntária (como se esta fosse atribuição exclusiva de órgãos do Poder Judiciário), pode-se dizer que os

bação no registro de imóveis, salvo no caso do inciso VIII do art. 30 [casos de construção residencial unifamiliar, destinada ao uso próprio, de tipo econômico, executada sem mão-de-obra assalariada]. (...)."; "Art. 48. A prática de ato com inobservância do disposto no artigo anterior, ou o seu registro, acarretará a responsabilidade solidária dos contratantes e do oficial que lavrar ou registrar o instrumento, sendo o ato nulo para todos os efeitos. (...) § 3º O servidor, o serventuário da Justiça, o titular de serventia extrajudicial e a autoridade ou órgão que infringirem o disposto no artigo anterior incorrerão em multa aplicada na forma estabelecida no art. 92, sem prejuízo da responsabilidade administrativa e penal cabível."

(10) GROPPALI (1978, p. 119-137), discorrendo sobre o conceito de direito subjetivo (decorrente do poder da vontade, do interesse e do reconhecimento jurídico), faz as seguintes distinções entre tal instituto e certas categorias semelhantes, dentre elas, *faculdades jurídicas*: enquanto os direitos subjetivos refletem o interesse do seu titular e representam uma pretensão sua relativamente a um outro sujeito, que assuma co-respectivamente uma obrigação, as faculdades, pelo contrário, refletem um interesse alheio, público ou privado, não tem objeto específico, e têm diante de si sujeitos puramente passivos, com obrigações sem direitos (v.g.: poder familiar); e *interesse*: que é o elemento base de todo direito subjetivo, mas com ele não se confunde. O interesse não se beneficia de tutela legal plena que corresponde a cada direito subjetivo, mas pode ser protegido de um modo geral e objetivo, na medida em que o Estado, preocupando-se com a liberdade, com a saúde e com a moralidade públicas, estabelece para sua defesa normas que, de uma maneira indireta e reflexa, podem ser também vantajosas para os cidadãos individualmente considerados.

atos notariais e registrais constituem espécie desta categoria de atuação pública.

Tal entendimento oportuniza, *de lege ferenda*, que as instituições notarial e registral possam ser mais amplamente utilizadas nos atos de jurisdição voluntária, em que não haja conflito de interesses propriamente dito e que são hoje atribuídos aos juízes de direito. Queremos crer que os cidadãos seriam menos onerados e o Judiciário aliviaria uma considerável parcela de seus afazeres administrativos, transferindo a agentes dotados de fé pública[11] a prática de atos de jurisdição voluntária. Como já dito, a função notarial e registral caracteriza-se por sua natureza cautelar (preventiva de conflitos) e situa-se na área de realização espontânea do direito.

Segundo BRANDELLI (1998, p. 154-155), partindo-se da premissa de que o ordenamento jurídico é instrumento de pacificação e equilíbrio social que torna viável a vida em sociedade, deve haver a possibilidade de realização espontânea do direito subjetivo, pela adesão dos indivíduos, aos preceitos normativos, de forma livre e voluntária. O exercício de direito subjetivo mediante imposição ditada pelo Estado na pessoa do juiz, buscado através da ação própria que protege tal direito, é via anômala, excepcional, e, portanto, enormemente minoritária. Se a forma normal de realização do direito fosse por meio da via judicial, restaria inviável ou, no mínimo, caótica a vida no seio social. Com efeito, o ordenamento jurídico careceria de sentido, caso o concebêssemos como um direito universalmente desobedecido e universalmente aplicado pelos juízes, uma vez que a aplicação, como fato, não é fundamento da validade jurídica, senão sinal dela.

No Brasil, já há atos de nítida jurisdição voluntária, tais como a emancipação, que não demandam a homologação judicial para a sua eficácia, demonstrando, assim, a conveniência e utilidade dos serviços notariais e registrais na "administração pública dos interesses privados".

(11) Ovídio Baptista da SILVA (2000, p. 84), dissertando sobre a relevância do papel dos notários e registradores no Brasil, bem como sobre o prestígio que estes devem receber do povo e do Estado, adverte que "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".

A esse propósito, alerta-nos João Figueiredo FERREIRA (2000, p. 131), *in verbis*:

"O assunto não é novo, tendo sido objeto de apreciação em congresso da União Internacional dos Magistrados, realizado em Macau, em 1989, no qual foi aprovada por unanimidade a seguinte resolução a respeito do papel do notário:

"O notário é um oficial público que, por meio de seus conselhos, informa com imparcialidade sobre a natureza e as conseqüências jurídicas dos atos que se deseja elaborar e que, por esse papel, torna-se um agente de prevenção de litígios. O ato notarial outorgado pelo notário simplifica os procedimentos da prova. *O notário é também delegado pelo tribunal para realizar atos judiciais, tais como inventários e partilhas. É desejável que a função do notário seja consolidada e que o recurso do trabalho do notário na administração da justiça seja reconhecido e incentivado*" (g.n.).

Vale mencionar que a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por meio da edição do Provimento 45/1995, com supedâneo no art. 1.773 do Código Civil,[12] reforçou a possibilidade da feitura de partilha amigável entre herdeiros maiores e capazes mediante escritura pública, necessitando apenas, posteriormente, da homologação judicial.[13]

Não devem prosperar as objeções empreendidas por FREDERICO MARQUES (1959, p. 105 e 121), quando sustenta que "o ato notarial, apesar da relevante importância que tem na constituição dos negócios privados, não pode ser assimilado à jurisdição voluntária, porque praticado por órgãos que não possuem a independência que caracteriza a magistratura".

(12) Lei 3.071/1916, art. 1.773: "Se os herdeiros forem maiores e capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz". Tal dispositivo foi reproduzido, de forma idêntica, no art. 2.015 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002).

(13) Tal como nos chama atenção Míriam COMASSETTO (2002, p. 140), *in verbis*: "Este fato reproduz, no âmbito do Rio Grande do Sul, o reconhecimento por parte do próprio Poder Judiciário, da função cooperativa, bem como do trabalho cauteloso e responsável desenvolvido pela atividade notarial, outorgando a competência aos tabeliães de efetuarem essas partilhas, não necessitando, se as partes assim pretenderem, da realização destes atos em juízo".

A independência funcional dos titulares dos serviços notariais e registrais, após o advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.935/1994 (especialmente em seu art. 28), resta sobejamente evidenciada.[14]

Ademais, o fato de dispor a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", em nada prejudica a categorização de atos notariais e registrais como atos de jurisdição voluntária. Com efeito, até mesmo quando praticados por autoridades judiciárias, os atos de jurisdição voluntária não produzem os efeitos da coisa julgada. Conforme ensina o próprio FREDERICO MARQUES (1959, p. 304), em passagem na qual critica Pontes de Miranda (que entende ocorrer, na jurisdição voluntária, coisa julgada formal), a não-produção de coisa julgada decorre do fato de que, "não havendo litígio, haverá sempre como obter a modificação da decisão exarada em jurisdição voluntária, pois o critério de tal decisão é, em regra, de mera conveniência ou proteção aos interesses que o juiz é chamado a resolver".

Corroborando com o que acabamos de sustentar, pode-se mencionar a tramitação de alguns projetos de lei que dispensam a intervenção judicial em partilhas nos inventários amigáveis em que os herdeiros sejam maiores e capazes, nas separações e nos divórcios

(14) Confira a referência feita na nota de rodapé 2 da *Apresentação*. Abordando o tema da independência do registrador, Ricardo DIP (1997, p. 48-49) leciona que "o registrador não é mero executor de ordens superiores concretas a respeito de um registro; é, ao invés, o juiz de sua efetivação". Por seu turno, José Renato NALINI, na mesma obra (p. 82-89), deixa claro que registrador e notário exercem função pública, mas sem estarem ligados ao Estado por uma relação hierárquica propriamente dita, *in verbis* (p. 86): "Ora, o delegado não tem subordinação hierárquica em relação ao Estado. Exerce as suas funções com liberdade e autonomia". E, ao comparar a atividade notarial e registral com a de magistrado, assinala que, *in verbis* (p. 89), "não é verdade que o delegado seja desprovido de discricionariedade. Dentre os operadores jurídicos, é ele um dos mais categorizados, incumbindo-lhe uma tarefa bastante aproximada à do juiz. Pois, em sendo notário, comete-lhe, dentre outras, a função de aconselhar juridicamente as partes, encontrando no sistema a mais adequada forma de operacionalizar suas necessidades. A qualificação dos títulos, conferida ao registrador, não prescinde do exercício de autoridade jurídica, exingindo-se-lhe trabalho interpretativo em tudo semelhante ao do julgador quando faz incidir a vontade da lei ao caso concreto".

consensuais (que, *de lege ferenda*, passariam a ser procedidos por escritura pública).[15]

Argumenta-se, na exposição de motivos dos referidos projetos de lei, que a tutela do Estado sobre o cidadão diminui à medida que se constata o amadurecimento da sociedade. Com efeito, a recente Lei 9.307/1996, que dispõe sobre os juízos arbitrais, demonstra que não apenas os juízes togados é que dizem o direito. Nem sempre é necessário o acionamento da máquina do Poder Judiciário. Este deve ser acionado apenas quando as partes sofrem efetiva ou potencial lesão a direito e querem compor a lide neste Poder; mas o Judiciário não deve ser chamado a se manifestar sobre um acordo particular, funcionando quase como um fiscal do poder público ao cumprimento das obrigações tributárias decorrentes de tais atos.

O cidadão deve ser liberado da tutela judiciária e procurar o meio mais prático e rápido de, na ausência de conflito, consolidar o negócio jurídico ou alterar a situação de estado, nos casos de separação e divórcio, compra e venda de imóvel ou mero partilhamento de bens em que as partes são civilmente capazes e dispensam a intervenção estatal.

(15) Sobre atos de jurisdição voluntária que, com o intuito de diminuir gastos operacionais e a sobrecarga do Poder Judiciário, *de lege ferenda*, passariam a ser procedidos por escritura pública, confiram-se os seguintes projetos de lei em tramitação, a saber: PL 4.978/2001 (Dep. Sílvio Torres); PLS 128/2000 (Sen. Paulo Hartung); PLS 235/2000 (Sen. Henrique Loyola) e PLS 204/2001 (Sen. Lúcio Alcântara). Além desses, pode-se mencionar o PL 6813/2002 (Dep. José Roberto Batochio), que pretende alterar a Seção X (Dos protestos, notificações e interpelações), do Título Único (Das Medidas Cautelares), do Livro III (Do Processo Cautelar), do Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973), para autorizar que "todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazê-lo por escrito, em documento dirigido à autoridade judicial ou ao Oficial de Registro de Títulos e Documentos competentes, requerendo seja dado conhecimento de seu conteúdo ao destinatário". Na justificação do referido projeto de lei, ressalta-se que "a presente propositura visa a desafogar o Poder Judiciário, facultando aos interessados, proceder, com maior agilidade e eficiência, os atos de comunicação que, para sua eficácia, exijam garantia e segurança, inerentes à fé pública". Além disso, pode-se mencionar o PL 4.725/2004 (apresentado pelo Poder Executivo), que dispensa a intervenção estatal (ou seja, prescinde da homologação judicial) nos casos de separação e divórcio consensuais em que não estejam envolvidos interesses de incapazes.

Vale mencionar que o processualista italiano Elio FAZZALARI, ao tratar das funções do Estado, não confunde jurisdição contenciosa com a jurisdição voluntária, mas se opõe ao entendimento de que esta se identifique com uma atividade estatal de caráter meramente administrativo. Para FAZZALARI, a jurisdição voluntária, como atividade estatal, constitui categoria autônoma, figurando como "*un genus per sè stante*" no quadro das funções do Estado.[16] Vejamos breve trecho da lição do professor da Faculdade de Direito de Roma (1983, p. 6), *in verbis*: "Lo Stato contemporaneo si è arrogato e si arroga, ogni giorno di più, nuovi compiti. Non solo, ma i compiti che si tentava, in passato, di forzare negli schemi di uma delle tre funzioni [legislazione, amministrazione e giurisdizione] hanno, infine, rivelato la loro fisionomia autonoma (sempre nel senso che la loro disciplina positiva reagisce contro quella forzatura e impone, piuttosto, di affermare la distinzione). Si pensi alla così detta 'giurisdizione volontaria', che, palleggiata fra la giurisdizione e l'amministrazione, sembra, invece, doversi considerare come una funzione dello Stato, distinta e dalla 'giurisdizione' (verso cui la sospingeva l'equivoco nome) e dell'amministrazione".[17]

Por mais que, no Brasil, não tenham prosperado as idéias de FAZZALARI, sua teoria é digna de registro, uma vez que evidencia a

(16) Frederico MARQUES (1959, p. 96-97), resgatando o conceito tripartido de Montesquieu, critica a teoria esposada por FAZZALARI, mencionando, *in verbis*: "As funções estatais são três (...). Já demonstramos que a todos os órgãos estatais encontram-se atribuídas funções de outros poderes, o que constitui a classe das denominadas funções anômalas, entre as quais, precisamente, se inscreve a 'jurisdição voluntária'. A função anômala, qualquer que ela seja, não é função 'per sè stante', e sim, variante de uma das três atividades fundamentais do Estado, que se amolda e se adapta a algumas peculiaridades do órgão a que, de maneira anormal, é atribuída".

(17) Em tradução livre, pode-se ler: "O Estado contemporâneo vem se apropriando e se apropria, cada dia mais, de novas competências. Não é só isso, mas a competência que se tentava, no passado, forçosamente, enquadrar no esquema das três funções estatais [legislação, administração e jurisdição] revelou-se, ao fim, uma categoria autônoma (sempre no sentido de que esta categoria reagisse contra aquele forçar e impusesse, ao invés, a afirmação de sua natureza distinta). Denomina-se essa categoria de 'jurisdição voluntária', que, situada entre a jurisdição e a administração, assemelha-se, antes, e deve ser considerada, como uma função do Estado, distinta da jurisdição (ao contrário do que, equivocadamente, sugere o seu nome) e da administração".

relevância que possui o tema referente à jurisdição voluntária, atribuição que, muito embora, não raras vezes, seja exercida pelo Poder Judiciário, deveria ser conferida às atividades notariais e de registro.[18]

1.2 Breve histórico do notariado brasileiro

1.2.1 Origens das funções notariais

Em um primeiro momento da evolução humana, as ações simbólicas e os símbolos constituíram-se nas formas mais imponentes da declaração da vontade jurídica. Após essa fase, a palavra passou a ser o elemento fundante de tal declaração. Nesse momento da existência da humanidade, em face da pequena quantidade e da facilidade que caracterizavam os negócios jurídicos, além da boa-fé, do respeito à promessa e do testemunho de particulares, a existência dos pactos e a satisfação das exigências jurídicas contavam, as mais das vezes, com o testemunho das assembléias populares, então de fácil alcance pela concentração dos grupos humanos.

Como bem acentua João Mendes de ALMEIDA JÚNIOR (1963, p. 2-3), desenvolvendo-se as relações sociais, a variedade e a complicação dos negócios trouxeram a necessidade de uma prova das convenções, menos fugaz do que a palavra falada e menos transitória ou insegura do que a memória das testemunhas; e, assim, as simples promessas verbais

(18) Francisco Martinez SEGOVIA (1997, p. 58-59) relata que o 1° Congresso Internacional do Notariado Latino, ocorrido em Buenos Aires em 1948, declarou que é de sua aspiração que todos os atos de jurisdição voluntária, no sentido dado a essa expressão nos países de língua espanhola (cuja função é considerada administrativa e não, propriamente, judicial), sejam atribuídos, exclusivamente, à competência notarial. Também, no Quarto Congresso, ocorrido em 1956 no Rio de Janeiro, insistiu-se naquela declaração, chegando a salientar, no 4° ponto do Tema III, a competência funcional da intervenção do notário latino nos testamentos e sucessões, em tradução livre, nestes termos: "Que a constatação da transmissão de bens *causa mortis* é função notarial específica e como conseqüência formula o desejo de que as sucessões se radiquem ante o notário, que terá atribuição nas mesmas até lograr todos os seus efeitos jurídicos; em todos os casos em que, por surgir controvérsias, se recorra à via judicial, depois de resolvidos, retornarão ao notário, para a realização das demais fases da transmissão".

foram substituídas por documentos escritos. Para escrevê-los, surgiram intermediários, expeditos na arte caligráfica, os quais, a princípio, sendo simples particulares (privados), tornaram-se, mais tarde, funcionários oficiais destinados a dar, em forma solene, a sanção da fé pública aos atos que lavrassem.

Até metade século XIII, não se acham notários com a qualidade de oficiais públicos; mas, às vezes, o ofício de notário via-se confundido com o de juiz, por força das tradições históricas que, até aquele tempo, tinham tornado necessária à intervenção judicial para dar caráter público ao ato notarial.[19] No entanto, os juízes, pela multiplicidade dos atos que deviam cumprir como notários, passaram a delegar tais funções a escrivães e chanceleres, os quais, paulatinamente, foram se tornando peritos na ciência das formas e constituíram uma classe separada e independente de oficiais públicos. A partir daí, operou-se mudança substancial na forma de prestação dos serviços notariais e registrais: a atividade deixou de ser emanação da autoridade judiciária (como nos primeiros tempos havia sido da autoridade sacerdotal), para tornar-se delegação imediata do poder soberano, conferindo, a atos e contratos, caráter de autenticidade própria dos atos de autoridade pública.

1.2.2 A evolução do notariado no Brasil

Enquanto o notariado dos países de língua espanhola na América Latina desenvolveu-se de forma independente, seguindo modelo adotado na Espanha,[20] no Brasil, segundo ensinamentos de Ovídio Baptista

(19) Conforme ensina BRANDELLI (1998, p. 33), no século XIII, na Itália, mais precisamente na Universidade de Bolonha, a arte notarial, com a instituição de um curso especial, recebeu intenso incremento a ponto de os autores considerarem-na a pedra angular do ofício de notas do tipo latino, tendo acrescentado uma base científica ao notariado. Cumpre salientar que a *Escola de Bolonha* constituiu corrente de jurisconsultos medievais que, durante os séculos XII e XIII, na Universidade de Bolonha, dedicavam-se ao estudo e ensinamento do direito romano, traduzindo e interpretando o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. Esses jurisconsultos foram chamados de glosadores, porque o seu trabalho se realizava por meio de notas marginais ou interlineares, chamadas glosas, acrescentadas aos textos romanos.

(20) BRANDELLI (1998, p. 40) afirma que o notariado espanhol é hoje, possivelmente, o mais desenvolvido do mundo. Lá, sempre se deu máxima importância

da SILVA,[21] a partir de meados do século XIX, a instituição perdeu a independência histórica que marcara seu nascimento, para tornar-se um serviço subordinado ao Poder Judiciário.

Ainda, conforme leciona Ovídio A. Baptista da SILVA (2000, p. 81), o regime de tabelionatos brasileiros, como se pode depreender de disposições constantes em codificações portuguesas (iniciadas em 1446, com as Ordenações Afonsinas), especialmente nas Ordenações Filipinas (de 1603),[22] "era o de uma instituição de natureza privada, obtida

à instituição notarial. Em contrapartida, o jurista e sociólogo italiano Vittorio OLGIATI (1995, p. 298), ao dissertar sobre a relevância do notariado do tipo latino na formação e consolidação da União Européia, assevera que o notariado italiano é que representa o modelo mais avançado em termos legais e técnicos e, não é por acaso, que é o mais "exportado" para o mundo, *in verbis*: "(...) let us focus on the period of time in which the European Community unification law-policy took place from the Treaty of Rome (1957) to the Treaty of Maastricht (1992), i.e. the period that historically ends up with the formal-legal definition of European Union socio-economic integration as a veritable political-institucional unification process. Let us look at the French case first. Then we will turn our attention to *the more technically (legally) 'advanced' (and, not by chance, more 'exported' worldwide) Latin-type model: the Italian Notary*" (grifou-se).

(21) Segundo Ovídio Baptista da SILVA (2000, p. 81-84), o notariado brasileiro, disciplinado até então (em meados do sécúlo XIX) pelas Ordenações Filipinas, passou, com o Decreto de 02.10.1851, que dispôs sobre o regulamento geral das correições, a ser fiscalizado pelo Poder Judiciário, assumindo o caráter de um serviço auxiliar, embora suas funções nada tenham em comum com as atribuições peculiares a esse Poder. A subordinação da instituição notarial ao Poder Judiciário é uma nota peculiar do notariado brasileiro que, em virtude de circunstâncias históricas e políticas, distanciou-se até mesmo do influente regime jurídico português, cujo notariado está ligado, ao contrário do nosso, não ao Poder Judiciário, mas ao Ministério da Justiça.

(22) Como se sabe, é inegável a influência portuguesa no notariado brasileiro, desde as grandes navegações e descoberta do Brasil. PUGLIESE (1989, p. 27), ao mencionar estudo de Maria Cristina Costa Salles sobre as origens do notariado na América (*Revista Notarial Brasileira* 1/1974), historia, *in verbis*: "Foram três os marcos das conquistas européias: a espada do conquistador, a cruz da religião e a pena do tabelião. A posse da terra era registrada, como mandavam as leis, por meio de um requerimento, através do qual o expedicionário perguntava em voz alta se havia alguém que reclamasse os direitos possessórios da terra. Assim, reclamava para Portugal ou Espanha a posse da terra. Através do registro, o tabelião firmava oficialmente o que a história a partir de então

por concessão do monarca a quem era devido o pagamento periódico de um tributo". Com efeito, o § 15 do Título XLV (Em que maneira os senhores de terras usarão da jurisdição, que por el-Rei lhes fôr dada) do Livro II das Ordenações Filipinas dispõe que a delegação das atividades notariais e registrais, desde há muito, competia exclusivamente ao rei, *in verbis*: "15. Criar de novo Tabeliados a Nós sòmente pertence, e não a outrem; portanto defendemos, que pessoa alguma, de qualquer dignidade, estado e condição que seja, não faça de novo Tabelião algum, assim das Notas, como do Judicial, na terra, ou terras que de Nós tiver. E o que o contrário o fizer, por êsse mesmo feito, seja privado para sempre de todo o poder, e privilégio, que tiver, de pôr, ou apresentar os Tabeliães. E o que aceitar e servir o tal Ofício de novo criado, haverá pena de falsário" (vide ALMEIDA, v. 2, 1960, p. 148).

Por outro lado, Décio Antônio ERPEN (1999b, p. 2) sustenta que os serviços notariais e registrais não decorrem propriamente de delegação; seriam, antes, instituições da comunidade, pré-jurídicas, advindas não de ato administrativo, ou da vontade política do governante, mas sim de um fenômeno sociojurídico, institucionalizado pela convivência, objetivando a segurança nas relações dos indivíduos, em sociedade. Em decorrência da nítida autonomia que possuem, enquadrar-se-iam tais

concretizaria. (...) O tabelião registrava também a fundação de cidades, os desembarques e conquistas na colônia, declarando que o colonizador tomava posse em nome do monarca". A esse propósito, um pitoresco dado de ordem histórica é o fato de que o escrivão (ou contador) Pero Vaz de Caminha, conhecido e renomado por ter sido o redator da Carta que descreve o alvorecer da nação brasileira, não era propriamente o tabelião designado pelo monarca D. Manoel "o Venturoso". Segundo narra Eduardo BUENO (1998, p. 40), *in verbis*: "Outro personagem de grande importância a bordo era o escrivão e notário Afonso Furtado, responsável pelos interesses do rei e, contabilista e despenseiro, até a mínima gota de água, pelos víveres guardados como um tesouro pelos soldados. 'Todos os mantimentos do navio são distribuídos à sua vista e ele faz assento de tudo, ainda que seja um quartilho de água. Tem as chaves das escotilhas do navio; e mesmo quando o capitão quer ir abaixo ao porão, é mister que o escrivão o acompanhe sempre, e de outra sorte não poderia lá ir, não obstante a representar no navio a el-Rei', escreveu Pyrard de Laval, referindo-se, anos mais tarde, às funções do notário". Ademais, revela, na mesma obra, BUENO (p. 114-115), *in verbis*, "Caminha não era o escrivão oficial da viagem de Cabral – cargo ocupado por Gonçalo Gil Barbosa. Ele [Caminha] fora escalado para ser o contador da feitoria de Calicute".

serviços extrajudiciais, dentro do sistema, como instituições autárquicas, similares à Ordem dos Advogados do Brasil ou ao Ministério Público. No caso do credenciamento dos notários e registradores, o eminente jurista gaúcho sustenta que há uma relação *sui generis*, que não se constitui nem em delegação, nem em concessão, nem em permissão. O vínculo, pelas características da instituição de comunidade, refoge a todos os padrões. "Os atos praticados pelos Notários e Registradores são, tipicamente, de direito material, de cidadania e não administrativos. Já os atos de ingresso ou de disciplina, estes sim, são administrativos porque vinculam o Notário ou Registrador ao Poder Público. Mas só na unção e disciplina. Não na essência da atividade."

A tese de Décio Antônio ERPEN parece encontrar fundamento no § 20 do Título LXXVIII (Dos tabeliães das notas) do Livro I das Ordenações Filipinas, mostrando que a fé pública, historicamente, é algo oriundo não propriamente do Estado, mas, antes, da honorabilidade que certas pessoas possuem em sua comunidade e por esta reconhecidas, *in verbis*: "E em cada Aldeia que tiver vizinhos, e estiver afastada da Cidade, ou Vila uma légua, haja uma pessoa apta para fazer os testamentos aos moradores da dita Aldeia, que estiverem doentes em cama. E sendo feitos segundo forma de nossas Ordenações, ser-lhes-á dada fé e autoridade, como que foram feitos por Tabelião de Notas. E os Oficiais da Câmara poderão escolher a tal pessoa morador da dita Aldeia, e servirá o dito Ofício em sua vida, e dar-lhe-ão juramento escrito, ao pé do qual deixará feito o seu sinal público. E será obrigado ter um caderno bem cosido, em que escreva os ditos testamentos, quando lhos mandarem fazer nas Notas. E cometendo nêles qualquer êrro, incorrerá nas penas, em que incorrera o Tabelião público, que o tal êrro ou falsidade cometer. E não tolhemos, que os moradores dessa Aldeia possam fazer os testamentos, pôsto que doentes estejam, com os Tabeliães da Cidade, ou Vila, como quiserem, segundo forma de nossas Ordenações." (A fonte desse dispositivo está, segundo ALMEIDA, no v. 1, 1957, p. 421, o § 36 do Título LIX do Livro I das Ordenações Manuelinas.)

Prevalece, de qualquer forma, em nossa doutrina e sistema legal, o entendimento de que o desempenho das atividades notariais e de registro decorre, sim, da delegação do Poder do Estado.

João Figueiredo FERREIRA (2000, p. 131) nos ensina que a história do notariado brasileiro registra, até fins do século XIX, a possibilidade

legal da venda do então denominado *cartório*, que era um bem econômico.[23] Na primeira metade do século XX, passou a constituir presente oferecido pelo detentor do poder para contemplar os amigos, ou cooptar os inimigos. Entretanto, desde meados do referido século XX, a maioria dos Códigos de Organização Judiciária instituiu a necessidade de aprovação em concurso público para o exercício da função notarial, mesmo porque o titular da função passava a ser um servidor da justiça.

No que tange à evolução do notariado no direito luso-brasileiro, o constitucionalista Pinto FERREIRA (1995, p. 467-469) assinala a existência histórica de três etapas, conforme expomos a seguir.

O primeiro período foi aquele em que o titular do ofício de justiça era o proprietário (muito embora o escrivão não pudesse vender, renunciar nem

(23) Por outro lado, sustenta o notarialista MELO JÚNIOR (1998, p. 205-206) que, "em verdade, as disposições de vendas e compras de ofícios de justiça não existiam. A maneira de acesso aos cargos, uma vez que se exigiam fianças, é que poderia insinuar, a alguém menos informado das condições sociais e históricas de Portugal medievo, que assim acontecia. Todas as 'lotações', vamos assim dizer, eram precedidas do atendimento de critérios administrativos rígidos, que reclamavam licença especial, da autoridade judiciária ou Ministerial (Ministério da Justiça), num genuíno exercício de ato administrativo vinculado". Tanto isso é verdade que havia, no Livro II das Ordenações Filipinas (Título XLVI – Que as pessoas, que têm poder de dar ofícios, os não vendam, nem levem dinheiro por nada), dispositivo nestes termos, *in verbis*: "Nenhuma pessoa, de qualquer estado, preeminência, sorte e condição que seja, que poder tenha para dar, e em qualquer maneira que seja, prover quaisquer Ofícios, que à nossa Fazenda, ou Justiça toquem, não venda, nem mande vender nenhuns dos ditos Ofícios, nem leve dinheiro algum por os dar. Nem assim mesmo, de Julgador de órfãos, e Escrivaninhas dêles, e Escrivaninhas das Câmaras e de Almotaceria, a quaisquer outros, de qualquer qualidade que possam ser, da Governança e Regimento das Cidades, Vilas, ou lugares. E isso mesmo pessoa alguma os não compre, pôsto que vendidos lhe sejam, sob pena de quem os comprar, ou der dinheiro por êles, perder o tal Ofício para quem o acusar, e mais tôda a sua fazenda, metade para quem o acusar, e a outra para nossa Câmara. E além disso ficará a dada de Ofício devolvida a Nós, para daí por diante ser dado por Nós. E aquêle, que o vendeu, ou levou dinheiro por o dar, nunca o mais poderá dar. E ao que o tal Ofício, ou Ofícios comprar, lhe poderão ser demandados em tôda a sua vida, e a dita pena sem se poder ajudar da prescrição em tempo algum". (vide ALMEIDA, v. 2, 1960, p. 162-163, que relata que, apesar do exposto sobre a proibição da venalidade dos ofícios, era comum falar-se em "propriedade" de cargo público, num sentido que hoje seria inaceitável).

transpassar o ofício sem licença especial do Rei), prolongando-se o direito costumeiro de sucessão dos cartórios. O tabelião recebia a serventia a título de doação, era vitalício e não poderia ser afastado, senão por meio de sentença judicial confirmada pela relação.[24]

Na segunda etapa, aboliu-se toda vinculação do direito de propriedade às serventias, com a Lei de 11 de outubro de 1827, que "determina a fôrma por que devem ser providos os officios de Justiça e Fazenda". Com a edição desta lei, ficou determinado, *in verbis*:

"Art. 1° Nenhum officio de Justiça, ou Fazenda, seja qual for a sua qualidade, e denominação, será conferido a título de propriedade."

"Art. 2° Todos os officios de Justiça, ou Fazenda, serão conferidos, por títulos de serventias vitalicias, ás pessoas, que para elles tenham a necessaria idoneidade, e que os sirvam pessoalmente; salvo o accesso regular, que lhes competir por escala nas repartições, em que o houver."

O terceiro período caracteriza-se pela constitucionalização da vitaliciedade dos aludidos titulares, consagrada pela Constituição de 1946 que, em seu art. 187, determinou serem "vitalícios sòmente os magistrados, os Ministros do Tribunal de Contas, os titulares de ofício de justiça e os professores catedráticos".

1.2.3 O desenvolvimento das atividades registrárias

Quanto à evolução da atividade registrária, ao dissertar sobre o registro civil das pessoas naturais, José Renato NALINI (1998, p. 45) esclarece que "o Brasil Colônia e Império viveu a experiência do Estado confessional. E por isso o registro paroquial – o chamado *registro do vigário* – sempre foi aceito e ostentou valor probante para fins jurídicos. O casamento para acatólicos foi instituído em 1861 e, antes mesmo da separação entre Igreja e Estado, trazida pela República, o Dec. 9.886, de 07.03.1888, implantara o registro para nascimento, casamento e óbitos". A partir da Proclamação da República, poucas foram as alterações dos serviços confiados ao registro civil.

(24) Relação é a antiga denominação dada aos tribunais de justiça de segunda instância. A Casa da Suplicação era o maior Tribunal de Justiça na época das Ordenações Lusitanas (Afonsinas de 1446, Manuelinas de 1521 e Filipinas de 1603).

Por seu turno, o registro imobiliário iniciou-se, no Brasil, por meio da documentação lavrada por funcionários designados pela metrópole portuguesa e vinculava as terras brasileiras aos posseiros e ao Rei de Portugal. O direito de conceder sesmarias (terras consideradas incultas ou abandonadas, que o Rei português cedia a particulares em condições econômicas de cultivá-las) cabia aos delegados designados pelo Rei, que ficavam na Colônia (Brasil). Conforme lecionam SIQUEIRA e SIQUEIRA (2000, p. 24), em 1530, por meio de *Carta Régia*, foi nomeado o primeiro desses delegados, Martim Afonso de Souza, com competência para distribuir terras que fosse descobrindo. Com a implantação das Capitanias Hereditárias, a tarefa de delegado sesmeiro passou a ser exercida pelos donatários e, posteriormente, aos Governadores-Gerais do Brasil.

A concessão de terras por meio de sesmarias foi suspensa no regime latifundiário, mediante resolução do governo real em 17 de julho de 1822. Por meio da Lei 601, de 18 de setembro de 1850, com a *Lei da Terra*, criou-se a categoria de *terras devolutas* representando os imóveis públicos e não comprometidos no domínio privado. Com o fim das sesmarias e a criação da Lei da Terra, em 1850, é que se originaram os registradores imobiliários, responsáveis pelos registros de atos e vontades das partes interessadas na transferência de propriedade imóvel.

Os registros de títulos, documentos e outros papéis, segundo ensina Paulo Roberto de Carvalho RÊGO (2002, p. 1), têm sua origem, como serviços sistematizados no Brasil, com a regulação disposta nos títulos 78 e 80, do Livro I das Ordenações Filipinas. Tais serviços eram atribuídos, à época, aos Tabeliães de Notas. Separando-se do plexo de competências dos tabeliães, no ano de 1903, foi criado, na cidade do Rio de Janeiro, pelo Dec. Federal 973, o serviço público correspondente ao primeiro ofício privativo do registro facultativo de títulos e documentos, para a certificação de data, autenticidade, conservação e perpetuidade de tais papéis.

No que tange ao protesto de títulos, compulsando as Ordenações Filipinas, em seu Livro III, Título LXXVIII ("Quando poderão apelar dos coutos, que se fazem fora do juízo e de que efeito serão as protestações, que se fazem fora dele"), § 6º, já podemos encontrar a seguinte disposição, *in verbis*: "E o que não quizer ir direitamente ao juiz, pòde fóra do Juízo protestar áquelle, de que se recéa ser offendido na pessoa, ou bens, sometendo-se, e pondo-se sob o poderio do Juiz, requerendo de sua parte,

que lhe não faça tal offensa, declarando alguma justa causa e verisimil razão, em que se funda fazer a dita protestação; e se depois que fòr feita, receber delle alguma offensa em seus bens, o Juiz da terra, sendo requerido por elle e informado sòmente da protestação, madará logo tornar tudo ao primeiro stado, em que antes stava. E se fòr feita offensa na pessoa, procederá contra elle asperamente, como contra quem commetteu cousa grave, e desprezou o requerimento, que lhe foi feito por parte da Justiça" (Ordenações Filipinas, Livro III, Título LXXVIII, § 6º.).

José de Mello JUNQUEIRA (2002) narra que, no Brasil, antes do Código Comercial e o Regulamento 737 (ambos de 1850), não havia norma a respeito do protesto; "vigia o alvará de 1789, que regulava a denúncia dos protestos, preponderando os usos e costumes do Comércio". A Lei brasileira 556, de 25 de junho de 1850, que instituiu o Código Comercial Brasileiro, fez, então, referência a essa espécie de serviço extrajudicial (vide art. 405 e ss. – "Art. 405. Os protestos das letras de câmbio devem ser feitos perante o escrivão privativo dos protestos, onde o houver; e não o havendo perante qualquer tabelião do lugar, ou escrivão com fé pública na falta ou impedimento de tabelião."). Vale dizer que o Dec. 135, de 10 de janeiro de 1890, criou o primeiro "lugar oficial privativo dos protestos de letras na capital federal".

Com relação às associações, fundações privadas e sociedades não-empresárias, o registro civil das pessoas jurídicas – diversamente do Registro do Comércio (mencionado já no Código Comercial de 1850, no inciso 2 do art. 10) – veio a ser regulado, inicialmente, conforme lição de Walter CENEVIVA (1999, p. 224), no Código Civil de 1916 (arts. 18 e 19).

1.2.4 Debates sobre a oficialização das serventias extrajudiciais

Desde a implantação da República, os serviços notariais e de registro incluíram-se no plexo de competências dos Estados federados e passaram a ser regulados nas respectivas leis de organização da justiça.[25] Conforme MELO JÚNIOR (1998, p. 195-196), "durante toda a República, até o surgimento da Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994, (...) o notariado brasileiro sofreu dia a dia da incerteza de sua sobrevivência.

(25) V. TEODORO DA SILVA, Caderno I (1999, p. 7).

Entregue às leis estaduais de organizações judiciárias, que ofereciam toda a sorte de desmandos, desvios e nepotismo e depreciado na sua honra, vacilava entre a eterna questão da estatização[26] ou não de seus serviços e a vitaliciedade ou não de seus agentes". Assim, a legislação brasileira conservou a mesmice institucional do notariado brasileiro, que era regulado por normas referentes aos ofícios de justiça, nome genérico das serventias judiciais e extrajudiciais.

Em 1977, com a EC n. 7, o chamado "Pacote de Abril", acrescentou-se à alínea *e* do inciso XVII do art. 8º da Constituição de 1967 (com a redação dada pela EC n. 1, de 17.10.1969) a competência de a União Federal legislar sobre "tabelionatos", além dos já previstos registros públicos. Ademais, na alínea *c*, do mesmo inciso XVII,[27] fez-se, pela primeira vez, a distinção entre custas e emolumentos (como remuneração dos serviços forenses – judiciais – em contraposição ao pagamento dos serviços extrajudiciais notariais e de registro público). O fato é que esta foi a primeira oportunidade em que, no Brasil, se considerou, de forma explícita, o notariado (ou "tabelionato") como instituição passível de receber referência em uma Constituição Federal.

Esta mesma EC n. 7, de 13 de abril de 1977, incluiu, no Título V (que trata das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias), o art. 206, determinando a oficialização dos serviços notariais e registrais, *in verbis*:

(26) MELO JÚNIOR (1998, p. 234) salienta que a Constituição de 1934 abriu ensanchas à estatização dos tabelionatos, que recebiam, via de regra, o mesmo tratamento dos registros públicos. Com efeito, o art. 5º da referida Constituição Federal, trazia, no seu § 3º, a possibilidade de, em matéria de registros públicos, leis estaduais suprirem "lacunas ou deficiências" da legislação federal. Ressalta o eminente notarialista que, "*desde, por exemplo, março de 1924, com o Dec. 4.827, os registros públicos já sofriam um processo de 'federalização'. Logo veio à tona o Dec. 4.857, de 1939, e vários outros que criavam um registro público 'brasileiro'*".

(27) Com a EC n. 7, de 13.4.1977, a alínea *c* do inciso XVII do art. 8º da CF de 1967 passou a ter a seguinte redação: "Art. 8º Compete à União: XVII – legislar sobre: (...); *c)* normas gerais sobre o orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registros públicos e notariais; de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário;".

"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.

§ 1° Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, disporá sobre normas gerais a serem observadas pelos Estados e pelo Distrito Federal na oficialização dessas serventias.

§ 2° 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.

§ 3° 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."

Quanto ao problema da oficialização das serventias extrajudiciais,[28] cumpre salientar que, após cinco anos da explícita determinação constitucional de oficialização, mantendo a mesma orientação política de cartórios estatizados, adveio a EC n. 22, de 29 de junho de 1982, dando nova redação ao indigitado art. 206 então vigente, bem como alterando os arts. 207 e 208. Vejamos, *in verbis*:

(28) Uma observação interessante sobre a origem do desempenho de serviços públicos pelo setor privado foi feita pelo Professor Edson Aguiar de VASCONCELOS (1995, 116-121), ao asseverar que, "no Brasil, por tradição política vinda das grandes províncias, todas as funções de apoio das atividades jurisdicionais de primeira instância, desde que rentáveis, eram exercidas por particulares, os quais se viam remunerados mediante percepção direta das custas e dos emolumentos desembolsados pelas pessoas que figuravam como partes ou interessadas nos processos em tramitação, de acordo com os regimentos específicos. A esses particulares eram atribuídas funções de natureza processual, instrumentalizadoras da jurisdição, pelo que ficavam subordinadas hierarquicamente ao juízo, a que se vinculavam, mas sem relação empregatícia com o Estado, embora, quase sempre, fossem postos sob o agasalho de estatutos de funcionários públicos. Em serventias judiciais não rentáveis, os mesmos serviços eram prestados por servidores públicos, remunerados pelo Erário, ou também por particulares, aos quais, nesses casos, como compensação financeira, eram dadas atribuições de natureza extrajudicial. Estes particulares eram os titulares de ofícios de justiça, nome genérico das serventias judiciais e extrajudiciais".

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

"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."

"Art. 208. Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983."

Conforme ensina João TEODORO DA SILVA (Caderno 1, 1999, p. 9-10), a partir daí, com hierarquia constitucional, passaram a merecer tratamento diferenciado as serventias do foro judicial (oficializadas) e as serventias extrajudiciais (não-oficializadas).

Demonstrando a inconveniência da estatização dos serviços notariais e de registro, BRANDELLI (1998, p. 53) assinala que, não raras vezes, aventou-se sobre a estatização (burocratização) dos serviços notariais e de registro, o que não prosperou por vários fatores, como, por exemplo, a inviabilidade para os cofres públicos (pelo acréscimo de despesa com a manutenção de cartórios) ou a diminuição da qualidade dos serviços, que prejudicaria o público usuário.[29]

[29] Segundo Cláudio MARTINS (1974, p. 39 e 42), "uma certidão, que atualmente se consegue em poucas horas, passaria meses para ser fornecida, pois os serventuários já não teriam empenho em bem atender às partes, eis que, trabalhando muito ou pouco, ganhariam a mesma coisa no fim do mês. (...) Nenhum serventuário, na sua posição de mero burocrata, sairia da sua comodidade de servidor pago pelos cofres do Estado para fazer as vezes de consultor particular. E quem menos teria a perder, nesse tocante, seriam os oficiais públicos. O prejudicado seria só o público. (...) Afora a queda que sofreriam, em si mesmos, os serviços a cargo dos cartórios, em conseqüência da sua burocratização, pelo divórcio entre o interesse pessoal dos servidores e o volume e qualidade da respectiva produção, haveria ainda a lamentar o ingurgitamento dos ofícios, pelo número sempre maior de funcionários a serem neles colocados,

Por seu turno, Regnoberto MELO JÚNIOR (1998, p. 237), ao dissertar sobre o notariado brasileiro no período republicano que antecedeu a EC n. 7 de 1977, leciona que havia razões poderosas para não estatizarem os notariados. A uma, alegava-se o respeito à tradição do notariado do tipo "latino", por ser sistema adotado na esmagadora maioria dos países do mundo. A duas, a própria característica das funções notariais brasileiras, que havia sido formada no princípio do exercício livre da profissão, ratificado por toda a história imperial, e do direito lusitano medieval. A três, o notariado estava atrelado ao registro público, tanto do ponto de vista orgânico-administrativo (eram serventias manipuladas pelos Estados-membros), quanto do ponto de vista jurídico, haja vista que a federalização das normas registrais públicas imbricava-se, ontologicamente, às funções notariais, a partir da legislação especial (que normava o registro público) e do Código Civil. Dessa forma, estatizar o notariado, na condição de instituição exercida por profissionais livres (não-estatutários), refletia, inexoravelmente, nos registradores, o que seria andar na contramão da ordem jurídica e política. A quatro, economicamente, não valia a pena ao Estado estatizar as serventias.

1.2.5 A Constituição de 1988 e o exercício em caráter privado dos serviços notariais e de registro

A Constituição de 1988, por seu art. 236 e parágrafos, bem como pela exceção disposta no art. 32 do ADCT, evidencia, com ares desburocratizantes,

em regime de empreguismo. E mais: não seria de admirar que se instalasse, em pouco tempo, o reino da propina, como meio impulsionador de serviços emperrados pela burocracia". Cinco anos mais tarde, o mesmo Cláudio MARTINS (1979, p. 13 e 14), considerando a Emenda Constitucional de abril de 1977, que, de certa forma, oportunizou a estatização das serventias extrajudiciais, asseverou que "a estatização será, sem dúvida, um começo de solução, se o Governo transformar a precariedade da profissão numa oportunidade para pessoas qualificadas – bacharel ou doutor em direito, ou notários diplomados em curso jurídico próprio – e cimentá-la em lei orgânica condigna, que enseje, através de Colegiado adequado, remuneração justa e, sobretudo, equilibrada, fiscalização cuidadosa, moralidade, disciplina e outra qualquer forma de responsabilidade compatível. É de supor-se que isso vai acontecer, pois bem orientada tem sido a ação dos atuais dirigentes da Nação. E um Estado democrático não pode simplesmente eliminar uma função social que já provou sobejamente sua imprescindibilidade através dos séculos".

o caráter eminentemente privado em que devem se desenvolver os serviços notariais e de registro.[30] Ademais, a previsão constitucional revela e induz grande repercussão ao tirar as instituições notarial e registral do obscurantismo que as envolvia, tornando-as mais conhecidas e dando notícia de sua importância social e jurídica.

No que tange ao fato de a disposição constitucional reguladora das atividades notariais e de registro (art. 236 da CF de 1988) situar-se, topograficamente, em localidade afastada das Seções referentes à organização do Poder Judiciário (arts. 92 a 126), representou superação ao entendimento de que tais atividades constituiriam meros serviços auxiliares subordinados, hierarquicamente, às autoridades judiciais. Os serviços notariais e de registro não compõem a estrutura orgânica do Poder Judiciário e seus titulares (notários e registradores) gozam de independência no desempenho de suas atribuições.

Não se desconhece, por outro lado, que a EC n. 45 de 8 de dezembro de 2004, ao criar o Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu, no inciso III do § 4º do art. 103-B, que compete ao referido Conselho, dentre outras atribuições, "receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais (...)." Alguns, mais apressados, podem concluir que, a partir da EC n. 45/2004, os serviços notariais e de registro, por terem recebido referência no Capítulo III (Do Poder Judiciário) da Constituição Federal, compõem a estrutura

(30) O constitucionalista Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1999, p. 303), ao tecer comentários sobre o art. 236 da Constituição Federal de 1988, leciona, *in verbis*: "Este preceito veio deter a tendência à 'oficialização' (ou seja, estatização) dos serviços cartoriais. Por força da norma em exame, os cartórios de notas e de registros hão de ser preservados dessa 'oficialização'. É óbvio quais são os interessados nessa proibição...". Por seu turno, o professor Orlando SOARES (2002, p. 757), ao comentar o mesmo dispositivo constitucional, assevera, *in verbis*, "o art. 236 representou um retrocesso elitista, fonte de odiosos privilégios reinóis, ensejando a concessão de verdadeiras donatarias feudais, típicas da era colonial, em detrimento dos interesses coletivos, na esfera da administração da justiça, ou seja, a privatização dos serviços notariais".

organizacional judiciária. Ousamos divergir desse posicionamento, o constituinte derivado apenas reforçou situação que já consta no § 1° do art. 236 da mesma Constituição de 1988, no sentido de que compete ao Poder Judiciário a fiscalização dos atos notariais e de registro. Ora, o Conselho Nacional de Justiça, recém-criado, fiscaliza a atuação das Corregedoriais locais de Justiça.

O primeiro alerta ensejador desta nítida separação entre Poder Judiciário e "serviços notariais e de registro" apareceu com a publicação, no *Diário da Justiça* de 14 de julho de 1986, das sugestões expendidas pelo Supremo Tribunal Federal à presidência da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, sobre o tratamento constitucional do Poder Judiciário a ser dado pela Assembléia Nacional Constituinte que seria instalada. Naquela oportunidade, o Min. José Carlos Moreira Alves, à época presidente do Supremo Tribunal, encaminhou ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco, presidente da referida comissão provisória, a Exposição de Motivos e as inovações sugeridas pela Corte, expressando, *in verbis*:

"Entendeu o Tribunal de ficar apenas no estrito âmbito do Poder Judiciário, dados os termos em que foram solicitadas as sugestões.

"Deixou, por isso mesmo, de fazê-las com relação a instituições vinculadas ao Poder Executivo, embora com prestação de serviços junto ao Poder Judiciário, como, por exemplo, o Ministério Público, a Assistência Judiciária, a chamada 'Polícia Judiciária', os órgãos destinados a tratamento do problema carcerário ou penitenciário, ou, ainda, de recuperação e amparo de menores infratores ou abandonados. E mesmo com referência a serventias extrajudiciais."

Como bem percebe Décio Antônio ERPEN (1999a, p. 103-104), as sugestões do Supremo Tribunal Federal evidenciam que os juristas, quando enfrentaram o tema na fase pré-constituinte, já anteviram que os serviços notariais e de registro não integravam o Poder Judiciário, como, de resto, não sugeriram o deslocamento para outro Poder. Tampouco inseriram tal atividade como serviço autônomo ou auxiliar junto ao Judiciário. Conclui o jurista gaúcho que a subtração de tal atividade ao Poder Judiciário, sem o deslocamento para outro poder, dá a clara idéia de que passaram os Serviços Notariais e Registrais a ser tratados como *Instituições da Comunidade*, e não mais como órgãos do Poder, em qualquer de

suas modalidades. A omissão, pois, de sua existência, em qualquer órgão da Administração Pública, não constitui desaviso do Constituinte; mas, antes, consciente e oportuno posicionamento científico, consagrando a autonomia da atividade.[31]

De qualquer forma, nada obstante o inovador regramento, em nível constitucional, dos serviços notariais e de registro, como se verá, a Constituição Federal deixou, para a legislação ordinária e para os intérpretes, difíceis questões a respeito do regime jurídico aplicável a tabeliães e registradores titulares de serventias não-oficializadas. Dentro dessas questões, situa-se o problema central do presente trabalho, que problematiza a

(31) Em texto publicado no ano 1971, COTRIM NETO (p. 34), ao analisar historicamente as atribuições do foro extrajudicial, chamava a atenção para o fato de que os tabeliães e registradores não deveriam mais estar situados na estrutura organizacional e hierárquica do Poder Judiciário, nos seguintes termos, *in verbis*: "Desde a constituição dos Estados nacionais, fato histórico que teve início de desencadeamento pela época do Renascimento, até o século XIX, era muito simples a estrutura do Estado; como observou o eminente administrativista alemão Ernst Forsthoff – em seu 'Lehrbuch des Verwaltungsrechts" (9 ed. C. H. Beck'sche, Berlim, 1966) – ainda não ocorrera ou apenas se iniciara a revolução industrial, e o homem vivia perto de suas fontes de subsistência (os campos de pastagem e de lavoura, os pontos de água, os locais de exercício profissional etc.), donde resultava que pouco lhe ocorria socorrer-se do Estado, que só lhe aparecia aos olhos nas pessoas do homem d'armas ou do cobrador de impostos. Por então, e sobretudo nos países de grande território, como o Brasil, seria natural que certos serviços públicos – os registros de imóveis, os registros civis (quando não exercidos, estes, pela Igreja) e os ofícios notariais – fossem assumidos por pessoas da Justiça que, falando em nome do Rei, eram sempre acolhidas com mais simpatia que os agentes de segurança ou os publicanos [cobradores]. Ocorreu que o Estado teve multiplicados os seus encargos: houve mister especializar serviços e cargos. E então, nos países adiantados, o notariado e o registro público desvincularam-se da organização judiciária, que também se tornou assaz complexa, pela multiplicação de seus órgãos. Não foi sem razão que o Professor AMARAL SANTOS [*Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 159/165] escreveu, a propósito: 'A doutrina contemporânea dominante exclui do quadro dos auxiliares da Justiça todos aquêles que exerçam atividades que não sejam inerentes às que se realizam no processo. Assim, como tais não se classificam os órgãos do foro extrajudicial, os quais, sem embargo de serem investidos de fé pública, como o são os do foro judicial, não realizam atividades processuais, mas sim atividades outras concernentes à tutela administrativa de interesses privados'".

responsabilidade civil do Estado e dos titulares de cartórios não-oficializados, decorrente de prejuízos causados por estes agentes públicos (e seus prepostos), no desempenho de suas atividades funcionais.

1.3 Modelos de notariado no direito estrangeiro

Os órgãos da fé pública, dentre os quais encontram-se os serviços notariais e registrais,[32] são constituídos pelo Estado, para assegurar e transmitir a verdade da existência de certos fatos e atos jurídicos. A finalidade de sua organização é a segurança dos direitos individuais e a conservação dos interesses da vida social, fato esse que, pela identificação com certos fins do Estado (consecução de segurança), confere a tais órgãos, em grande parte dos ordenamentos jurídicos, o caráter público. E, em alguns países, como instituição de direito público, os órgãos da fé pública estão investidos das atribuições necessárias para transmitir aos cidadãos a segurança indispensável ao equilíbrio social. Sendo assim, nos dizeres de João Mendes Neto, ao prefaciar a obra de João Mendes de ALMEIDA JÚNIOR (1963, p. V), "nenhum Estado organizado prescinde deles, nada obstante os organize de maneira diversa, quanto à forma e ao exercício".

O direito estrangeiro reveste-se de importância e significação especial, uma vez que nos permite, pela medida do contraste, apreciar o significado de certas instituições nacionais e colher, como experiência, os resultados de suas soluções. Isso significa que, mesmo com propósitos meramente expositivos, havemos, nesta presente sessão, de realizar breve análise dos sistemas legislativos alienígenas, para deixarmos assentada uma visão panorâmica das soluções adotadas nos diferentes países, quanto à instituição notarial. Para tal desiderato, valer-nos-emos dos estudos empreendidos, principalmente, por ALMEIDA JÚNIOR (1963), ARMELLA (1998, t. I), BRANDELLI (1998), CARRAL Y DE TERESA (1970), COTRIM NETO (1971), GATTARI (1992), GONÇALVES PEREIRA (1994), SAVRANSKY (1962) e Firmo da SILVA (1979). Nada obstante algumas dessas obras tenham sido editadas há quase meio século, desconhece-se o fato de haver normas posteriores a alterar, significativamente, o regime dos países que receberão nossa genérica abordagem.

[32] Cfr. João Mendes de ALMEIDA JÚNIOR (1963).

Desde logo, mostra-se oportuna a reflexão empreendida por Luis CARRAL Y DE TERESA (1970, p. 87), no sentido de que é impossível proceder-se a uma classificação que esgote todos os sistemas de notariado, pois este, que é um produto do costume, segue, em cada lugar, especiais tradições e peculiares características. Como geralmente sucede com toda classificação, os tipos de notariado no mundo podem ser enfocados por vários pontos de vista (subjetivos, objetivos, formais etc.). Contudo, saltam à vista tipos fundamentais, que, na célebre classificação do notário espanhol Antonio Bellver Cano,[33] são: notariado de profissionais livres (na Inglaterra), notariado de profissionais públicos (na Alemanha), notariado de profissionais agentes públicos (do tipo Latino), notariado de funcionários judiciais (na Dinamarca, no Estado-Federado alemão de Baden-Württemberg e em Zurique, ao norte da Suíça) e notariado de funcionários administrativos (na antiga União Soviética, antes da *Perestroika,* em Cuba e na Venezuela).

Para SAVRANSKY (1962, p. 80-104), as distinções fundamentais – dentro das quais são analisados os países mais significativos – são três, a saber: a) notariado de profissionais delegados da fé pública (sistemas alemão, espanhol, francês, italiano, português e japonês); b) notariado de profissionais livres (sistema inglês e norte-americano) e c) notariado de profissionais funcionários administrativos (antigo sistema russo). Diante de tais modelos, vejamos, pois, os sistemas aplicados em alguns países.

1.3.1 Os notariados na Alemanha

A Alemanha compreende uma série de Estados-membros (os Bundesländer), que possuem certa autonomia legislativa para dispor a respeito das atividades notariais. Em face da divergência do regime estabelecido por leis locais, pode-se classificar a organização do notariado germânico em três subtipos que apresentam características peculiares: notariado livre, restrito e judicial.

(33) Vários são os juristas que mencionam a classificação idealizada por Bellver Cano, a saber: ALMEIDA JÚNIOR (1963, p. XXIV), BRANDELLI (1998, p. 68), NALINI (1991, p. 19), PUGLIESE (1989, p. 29), SAVRANSKY (1962, p. 81), SEGOVIA (1997, p. 232) e Firmo da SILVA (1979, p. 37).

O notariado livre (adotado em unidades como Macklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Bremen e Thüringen) não representa autoridade pública nem órgão estatal. A função é desempenhada em nome do notário e, por isso, o tabelionato não tem existência independente de seu titular. Como profissional, o notário tem a faculdade de declarar a validade dos atos jurídicos, mediante o exercício da fé pública, reduzindo-se sua atividade oficial a autenticações e consultoria. Nessas regiões, o tabelião exerce função notarial concomitante com a advocacia e pela duração do exercício de sua licença de advogado (este é o regime do chamado *Anwaltsnotar*).

A denominação de "notariado livre" deve-se ao fato de que não existem limites quanto ao número de tabeliães e quanto à demarcação territorial para o desempenho da profissão, já que todos aqueles pretendentes que conseguirem reunir os requisitos legais haverão de ser designados. Releva mencionar que os notários livres não gozam de exclusividade de atribuição em nenhum assunto; ademais, os juízos de primeira instância poderão suprir sua intervenção.

Por seu turno, o notariado restrito (observado, por exemplo, nos Länder de Bayern e Hessen) é o que mais se aproxima ao notariado do tipo latino, cujas características já se teve oportunidade de expor.[34] Nesse subtipo, o tabelião tem atribuição exclusiva para questões relativas à autenticação e, diferentemente do sistema anterior ("livre"), a nomeação para o cargo depende da vontade do Estado, com a criação de serventias ("em número fechado"). A função notarial é pública e o notário a exerce de forma independente, sem estar inserido hierarquicamente entre os funcionários a serviço da administração do Estado ou de outras corporações públicas.

Já, no notariado judicial (adotado em Baden-Württemberg), os titulares das serventias pertencem à magistratura e a noção de tabelionato identifica-se a um órgão estatal. O Estado imputa ao notário funções públicas (como lavratura de testamentos, execuções de sentenças e o registro de propriedade), podendo o tabelião, em todos os casos, invocar as prerrogativas dos juízes. São nomeados pelo Ministério da Justiça, bem como pagos pelo Estado, independentemente da atividade realizada.

(34) Cf. nota de rodapé 7 deste Capítulo 1.

Nos dizeres da Professora Harriet ZITSCHER (1999, p. 38), o notário na Alemanha é profissão concorrida, porque dá um rendimento mais seguro do que o de advogado e, ao mesmo tempo, oferece, via de regra, a independência da profissão livre. As tarefas mais freqüentes do tabelião germânico são a legalização de contratos sobre imóveis e sobre a fundação de sociedades comerciais. O notário tem o dever de aconselhar as partes do contrato de maneira estritamente imparcial. Acrescenta COTRIM NETO (1971, p. 26), que, conforme dispõe a Constituição alemã, a administração dos assuntos afetos ao notariado (como, por exemplo, a fiscalização da profissão) compete aos Estados-membros – por meio da Administração da Justiça (die *Landesjustizverwaltung*) –, e a nomeação de notário é feita pelo Ministro Estadual da Justiça, com prévia audiência do Colégio de Notários (*Notarkammer*). Ademais, sem prejuízo das peculiaridades regionais já mencionadas, cumpre salientar que o direito notarial alemão é, de resto, uniforme.

1.3.2 O notariado na Espanha, França e Itália

Quanto ao notariado espanhol, as disposições dispersas nos diferentes ordenamentos anteriores a 1862 foram então, neste ano (no dia 28 de maio), consolidadas em uma lei orgânica, que em seu art. 1º já expressava que "el notário es un funcionario público autorizado para dar fe conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales". Segundo assinala SAVRANSKY (1962, p. 87), as reformas operadas na referida lei espanhola e em seu decreto regulamentador foram transitórias e se referiram a tópicos incidentais, pelo que o regime primitivo, instaurado pela Lei de 1862, subsiste. Assim, neste país, os notários são agentes públicos (que conferem autenticidade e força probatória às declarações de vontade no instrumento público) e profissionais do direito (que assessoram e aconselham os interessados). O Ministro da Justiça é o notário supremo do Estado e, como tal, autentica os atos do rei e da família real.[35] O notário desfruta de plenas autonomia e independência funcional, e sua organização hierárquica depende diretamente do Ministério da Justiça e da Direção Geral dos Registros e do Notariado.[36]

(35) Cf. ALMEIDA JÚNIOR (1963, p. 171).

(36) Cf. BRANDELLI (1998, p. 40).

Na França, a Revolução de 1789 proporcionou grandes mudanças no mundo jurídico e, particularmente, na instituição notarial. Não é por outro motivo que Roberto PUGLIESE (1989, p. 26) assevera, *in verbis*: "Mesmo predominando peculiaridades próprias regionais, somente com a Revolução Francesa que o notariado veio, paulatinamente, adquirir as feições conhecidas na atualidade". Com o Decreto de 29 de setembro de 1791 (confirmado em 6 de outubro do mesmo ano), a Assembléia Nacional Constituinte estabeleceu nova organização, abolindo-se a venalidade e hereditariedade dos ofícios notariais. A reforma que revolucionou o regime notarial operou-se pela Lei de 25 de Ventoso do ano XI (ou seja, de 16 de março de 1803), que explicitou, logo em seu art. 1°, a noção de notário como agente público. Os notários franceses são nomeados pelo Primeiro Cônsul.

Observa SAVRANSKY (p. 91-92) que, para saber se o notário francês corresponde ao conceito de profissão liberal ou de funcionário público, é necessário esclarecer, inicialmente, a extensão que se pretende dar a cada categoria. As contradições legais concernentes ao regime jurídico dos notários franceses estão fazendo com que a doutrina, baseada mais num empirismo do que propriamente em critério científico, venha a afirmar que a qualidade de "oficial público" (a que se refere a Lei de 2 de novembro de 1945, que define os notários) supõe um estado intermediário entre profissional liberal e funcionário público.[37]

Da mesma forma que na Espanha e na França, a legislação italiana contém, expressamente, um conceito de notário. O art. 1° da Lei 89, de 13 de fevereiro de 1913, dispõe, dentre outras normas, que "os notários são oficiais públicos instituídos". Em alguns casos, o tabelião italiano pode converter-se em auxiliar da justiça nos processos civis, em vendas de bens de baixo valor, nas interdições de incapazes (art. 733 do Código

(37) Na França, as leis que estabelecem o regime dos notários são contraditórias: quanto à aposentadoria, seguem o regime geral das profissões liberais; no que tange aos deveres fiscais, o art. 92 do Código Geral de Impostos situa os notários dentro de um regime especial de contribuição; quanto à outorga da delegação pelo governo e a fiscalização das atividades profissionais, são funcionários públicos; a respeito da percepção de emolumentos e as regras gerais para a fixação de seus honorários, podem considerar-se profissionais liberais.

de Processo Civil italiano), em inventários judiciais (art. 679), nas partilhas de bens (arts. 786, 790 e 791)[38] etc.

1.3.3 O notariado em Portugal

O notariado lusitano, de cujo regime haurimos muitas influências, segundo os ensinamentos de BRANDELLI (1998, p. 41-42), até as Ordenações Filipinas (de 1603), "pouco avançava, ficando à mercê da evolução histórica desencadeada principalmente pela Escola de Bolonha". Diante da situação de verdadeira paralisia institucional, os tabeliães portugueses passaram a criticar os defeitos da organização notarial, exigindo as reformas necessárias.

Como resultado desse movimento, foi promulgado o Decreto de 23 de dezembro de 1899, criando o Conselho Superior do Notariado, fixando o número de ofícios notariais e as regras para o seu aumento ou supressão, garantindo a estabilidade e a independência dos tabeliães, bem como o contínuo, regular e imparcial exercício das suas funções. Um dado interessante é que o referido Decreto de 1899 incluiu o notário na categoria de magistrado de jurisdição voluntária e passou a exigir-lhe preparação jurídica adequada (bacharelado em direito ou curso especial de notário) e idoneidade moral e civil, conferindo-lhes várias prerrogativas como a inamovibilidade e independência funcional.

Por meio do Decreto de 14 de setembro de 1900, os notários deixaram de ser designados como magistrados de jurisdição voluntária e passaram a ser chamados de "funcionários públicos". Em 1926, com o Dec. 12.260, foi extinto o Conselho Superior do Notariado e criado o Conselho Superior Judiciário, ao qual os tabeliães passaram a se sujeitar disciplinarmente. Pelo DL 35.590, de 1945, a fiscalização do notariado passou para o Ministro da Justiça e à Direção-Geral dos Registros e do Notariado.

Recentemente, o Estado português, visando ao incremento na qualidade e eficiência na prestação dos serviços dos cartórios extrajudiciais, modificou o regime jurídico de seu notariado, privatizando-o. Tal privatização foi concretizada pelo DL 26/2004, de 4 de fevereiro, no uso de

[38] Cf. SAVRANSKY (1962, p. 94-95).

autorização legislativa concedida pela Lei 49/2003, de 22 de agosto, que aprova o respectivo estatuto do notariado português e impõe um regime transitório para a formação, incluindo estágio, aos licenciados em direito que pretendam concorrer à atribuição de licença de instalação de cartório notarial.

1.3.4 O notariado japonês

No Japão, o notário é um agente público nomeado pelo Ministério da Justiça e desempenha funções afetas ao Departamento de Assuntos Legais, para o qual é designado. Não recebe vencimentos dos cofres públicos, mas cobra emolumentos dos interessados pelos serviços notariais que presta. Desempenha suas atribuições de forma imparcial e independente, dando conselhos jurídicos aos interessados. Segundo a lei notarial japonesa, o Ministro da Justiça pode nomear um cidadão como notário sempre que reúna as seguintes condições: a) estar qualificado para desempenhar função de juiz, fiscal ou advogado militante;[39] b) ser considerado pelo Comitê Notarial como pessoa detentora de amplo conhecimento jurídico e experiência profissional; e c) ter nacionalidade japonesa, mais de vinte anos de idade, completado um programa de treinamento para notários (de não menos do que seis meses) e obter êxito em exame de idoneidade moral.

Na atualidade, há cerca de 545 (quinhentos e quarenta e cinco) notários trabalhando em 301 (trezentos e um) tabelionatos distribuídos por todo o país. O exercício das atividades notariais é incompatível com o desempenho de outras funções públicas e atividades comerciais, bem

(39) Na realidade, considerando as leis japonesas, para que uma pessoa esteja qualificada a atuar como juiz, fiscal ou advogado, deve ser aprovado no exame da *National Bar* (uma espécie de Conselho que congrega os juristas japoneses), que é umas das mais difíceis provas. Além disso, o pretendente deve completar um ano e meio de curso de treinamento como estudante de direito e, finalmente, ser aprovado em um segundo exame. Cerca de 73% (setenta e três por cento) dos notários japoneses são ex-juízes e fiscais públicos e o restante é constituído por diretores do Departamento de Assuntos Legais do Ministério da Justiça. Normalmente, são nomeados quando completam, aproximadamente, sessenta anos de idade (logo após terem servido como juízes, fiscais públicos ou diretores) e continuam exercendo as atividades notariais até os setenta anos.

como com o cargo de gerentes ou empregados de companhias, desde o momento da outorga da delegação.[40]

1.3.5 A introdução do modelo latino no continente africano

Quanto ao continente africano, vale dizer que o sistema jurídico de produção das provas é de tradição oral, baseado nos costumes e no respeito à palavra dada. Com a colonização européia, principalmente depois da Segunda Grande Guerra Mundial (1939-1945), na maioria dos países africanos (excetuados os países de colonização anglo-saxã) foi introduzido o modelo do notariado latino, inspirado no direito romano-germânico.

1.3.6 O notariado anglo-saxão

No sistema anglo-saxão, conforme leciona GONÇALVES PEREIRA (1994, p. 13-14), os "notários" – à exceção dos *scriveners notaries* londrinos (cuja origem e atuação não diferem substancialmente das do notário latino) – limitam-se a identificar os subscritores do documento, a reconhecer sua assinatura, a apor o respectivo selo e assinatura no documento (como garantia da não-alterabilidade deste), ao registro do documento, ou, quando muito, ao colhimento da declaração das partes de que o conteúdo do documento corresponde à vontade das mesmas.

O notário anglo-saxão não assessora os interessados na preparação e celebração dos seus atos e contratos, não se preocupando com que, para a formulação da vontade das partes, concorram os requisitos que a tornam em conformidade com a lei. Não recebe, não interpreta, não qualifica nem dá forma legal à vontade dos particulares. Neste sistema, desconhece-se o documento autêntico e a sua eficácia de fé pública. O notário não figura como um agente público, nem mesmo é um técnico em direito, não exercendo, pois, uma função jurídica.[41]

(40) Essa breve notícia sobre o modelo japonês foi obtida na internet, em texto intitulado de "*El notariado en Japón*", no sítio <http://www.onpi.org.ar/actualidad.html> da Oficina Notarial Permanente de Intercâmbio Internacional – ONPI – que é a entidade responsável pela divulgação das atividades da União Internacional do Notariado Latino – UINL.

(41) Conforme observa GONÇALVES PEREIRA (1994, p. 13), nos diferentes Estados norte-americanos, o "notário" não é um profissional, não precisa ser

De uma maneira geral, no sistema inglês, por motivos históricos, a prova é, por excelência, oral (testemunhal). Vigora o princípio da liberdade da forma para os atos e negócios jurídicos, sendo que a simples declaração de vontade, formulada oralmente ou por escrito, desde que acompanhada da *consideration* (contraprestação recebida pela parte que se obriga), é suficiente para obrigar os contratantes. O fato é que o direito anglo-saxão, ao prescindir da fé pública para a dação de força probatória aos documentos, criou um específico sistema de autenticação das relações privadas, em que não se conhecem instrumentos públicos, tais como nos ordenamentos jurídicos da família romano-germânica.

Diante do princípio da liberdade de forma, certas leis do Parlamento inglês – *statutes laws* – exigem que determinados atos, tais como procurações e atos cujo objeto seja direito sobre imóveis (*real property*), devam assumir a modalidade formal de *act under seal* (caracterizado pela aposição de selo e pela entrega do documento selado ao destinatário). Uma primeira especificidade que esta forma documental apresenta é que os "atos selados" não requerem a existência da *consideration* para que as partes fiquem obrigadas.

jurista, sequer ter estudos de qualquer espécie. É suficiente que seja um cidadão honrado. Normalmente, é um homem de negócios, um empregado que, conjuntamente com a sua profissão, exerce temporariamente o cargo de notário, nomeado pelo governador do Estado, enquanto durar o mandato deste. Já, na Inglaterra, as opiniões dos autores dividem-se sobre qual o papel e a formação acadêmica do notário. Segundo alguns, o *public notary* – excetuando os *scriveners notaries* de Londres, que elaboram documentos dotados de autenticidade de acordo com a lei material e processual do país latino em que tais documentos surtirão efeitos –, do mesmo modo que os seus colegas norte-americanos, não é jurista, nem precisa sê-lo. Para outros, o *public notary* é sim um profissional do direito, muitas vezes um *solicitor* (consultor jurídico). Na verdade, o "notary" anglo-saxão, abstraindo sua eventual qualidade de *solicitor* (que muitas vezes tem), não precisa ser jurista, não é o autor do documento (mas sim as partes); e o documento que elabora não constitui um título autêntico. Na Inglaterra, segundo leciona SAVRANSKY (1962, p. 96-97), confere-se aos Prelados a faculdade de nomear e de remover os notários, faculdade essa que se mantém exercida por delegação da *Court of Faculties*. A presidência dessa corte é exercida pelo Juiz Provincial de Caterley e York, sendo suas decisões recorríveis ao *Lord of Canciller*. Segundo Harriet ZITSCHER (1999, p. 46), "o notariado inglês é um ofício bem antigo que existe sob a guarda do arcebispo de *Cantabury* desde o ano de 1533".

Pertencendo à categoria de notariado livre (em que não há demarcação territorial nem há um número limitado de profissionais), o sistema inglês, conforme ensina SAVRANSKY (1962, p. 100-101), caracteriza-se pela ausência de um conceito acabado de instrumentos públicos e, também, pelo fato de que os notários, na condição de simples profissionais liberais – em que pese estar sua atividade ligada, de alguma forma, a uma autenticação formal (mera identificação do subscritor da declaração) –, não integram uma classe profissional depositária da fé pública.

1.3.7 O notariado livre no Uruguai

Por outro lado, dentre os diferentes modelos ao redor do mundo, há uma categoria de notariado livre em que figuram profissionais investidos em função pública (do tipo latino): é o caso uruguaio.[42] Como observa BRANDELLI (1998, p. 71), o exemplo típico de notariado livre é o do Uruguai, onde o número de tabelionatos não é fixado, e o notariado é uma profissão liberal (como outra qualquer, mas com a especificidade de prestar serviço público). Nesse país, para ser tabelião, basta ter o título universitário específico e alguns outros requisitos, como idade mínima, idoneidade moral e capacidade física. Satisfazendo tais exigências, o pretendente a notário poderá apresentar-se à Suprema Corte de Justiça para receber sua inscrição.[43]

(42) Cf. a classificação empreendida por Cristina Noemi ARMELLA (1998, t. I, p. 56), em que diferencia o modelo de profissional liberal da Inglaterra, Estado Unidos e Suécia da categoria de notariado livre uruguaio, constituída por profissionais investidos de uma função pública.

(43) Sobre o modelo de profissionais liberais, releva mencionar que, em 1982, tal como aponta Albergaria PEREIRA (1997, p. 69-70), foi elaborado, pelo professor Afonso Arinos, um estudo que seria o ponto de partida para o projeto da Constituição de 1988. A proposta determinava, em seu art. 22, que "a lei complementar, prevista no artigo anterior, disporá sobre a extinção dos ofícios de notas e a organização do tabelionato, facultando-lhe o exercício a quantos se habilitem em prova de capacitação intelectual e verificação de idoneidade moral, organizadas pelos Tribunais de Justiça com a colaboração da Ordem dos Advogados do Brasil". O modelo brasileiro originalmente idealizado para a Constituição que seria promulgada em 1988 enquadrava, portanto, o tabelião numa função liberal (não-estatal) e de número aberto.

1.3.8 O notariado do tipo administrativo

Continuando a exemplificação das categorias de notariado propostas no início da presente sessão, temos o modelo de funcionários administrativos, caracterizado pela dependência dos tabeliães aos ditames do governo, tendo a instituição notarial sido absorvida pela estrutura administrativa. O modelo soviético, desde 1926, era seu mais expressivo exemplo.[44] Tal fato justifica-se se levarmos em consideração que o regime instaurado com a Revolução Bolchevique de 1917 tendeu, desde o princípio, a absorver toda atividade privada à organização administrativa.[45] Depois de decorrido um período de expansão provocada pela revolução socialista, o sistema de notariado administrativo tem cada vez menos seguidores. De qualquer forma, mostra-se útil o registro que ora empreendemos, mesmo porque tal modelo teve grande ressonância nos antigos países de regime socialista.

O notário administrativo identifica-se completamente com um funcionário público pertencente aos quadros do Estado e remunerado por este. Os atos notariais não são praticados sob a responsabilidade pessoal do notário, o qual exerce a sua atividade como representante da Administração Pública. Na antiga União Soviética, estava submetido ao Comissariado de Justiça, em matéria disciplinar, e recebia a nomeação dos Comitês Executivos dos *soviets* (conselhos), nas respectivas Províncias.

Em maio de 1992 (no Congresso Internacional do Notariado Latino, ocorrido em Cartagena), a Polônia e a Hungria abandonaram esse modelo e foram admitidas na União Internacional do Notariado Latino – UINL.

(44) GATTARI (1992, p. 331) afirma que o modelo de notariado constituído por funcionários administrativos desenvolveu-se em regimes comunistas (Rússia e Cuba) e em alguns países por motivos históricos, como é o caso da Venezuela, em que o Estado assumiu a função notarial por falta de agentes interessados, devido à escassez de trabalho. Para o notário paulista Firmo da SILVA (1979, p. 44), "na Noruega e na Dinamarca, também o notariado é do tipo administrativo e os notários são funcionários públicos remunerados pelo Estado".

(45) Segundo SAVRANSKY (1962, p. 101), a organização notarial resultante da revolução socialista não é produto de uma razão científica, mas se inspirou nas mesmas razões ideológicas que caracterizaram os regimes burocráticos e centralizantes que imperaram nos países comunistas.

Do mesmo modo, segundo informações de GONÇALVES PEREIRA (1994, p. 14), os notariados da Eslovênia, da República Checa, da Eslováquia, da Lituânia e de Malta já têm aprovadas as leis de organização do notariado segundo o modelo latino.

Por seu turno, conforme aponta ARMELLA (1998, p. 56), a Rússia, em 1997 (com o Congresso de Berlim), também ingressou na UINL, em decorrência das transformações que já vinham ocorrendo em seu ordenamento jurídico há aproximadamente dez anos. Com efeito, no governo de Mikhail Gorbatchev (1985-1991), a partir da *glasnost* (transparência), a política nacional soviética foi remodelada, prestigiando-se liberdades democráticas, bem como, na mesma época, deu-se início à reestruturação econômica, com a *perestroika*.

À semelhança do que ocorre com o sistema latino, o notariado administrativo presta assessoria aos cidadãos e às organizações utentes do serviço notarial, bem como confere autenticidade ou fé pública aos atos em que intervém. Ademais, é encarregado da vigilância do cumprimento das leis nacionais e do recolhimento dos tributos, além de exercer funções com elementos judiciais e com poderes decisórios (sendo até mesmo equiparado, no Regulamento Soviético de Registro Civil de 16 de setembro de 1918, a juízes populares).

Contudo, em face da sua missão realizadora dos interesses do Estado socialista, o notário deve ter em vista os interesses e conveniências estatais e, portanto, estar pronto a fornecer qualquer informação requerida pela Administração Pública. Por outro lado, cabe-lhe a tarefa de guardar segredo profissional, na forma mais estrita, e cumprir fielmente todos os preceitos e deveres de sua função. Assim sendo, como bem assinala GONÇALVES PEREIRA (p. 16-17), essa função de dar fé pública ou conferir autenticidade pertencente ao notário do sistema administrativo, está incluída na burocracia da Administração Pública, o que a torna incompatível com a independência do notário do mundo ocidental e, além disso, tal função não tem os efeitos da autenticidade próprios do notariado latino. No que concerne à eficácia probatória do documento quanto aos fatos documentados, a autenticidade do tabelião soviético não produz efeitos contra terceiros, a não ser quanto à data. A referida autenticidade também não compreende o conteúdo do negócio documentado, a não ser entre as partes.

1.3.9 O notariado chinês

Por fim, vale mencionar que a República Popular da China, segundo informações de João Figueiredo FERREIRA (2003), possuía um notariado do tipo administrativo, em que os tabeliães eram funcionários do Estado e faziam as certificações dos atos previstos na lei civil. Em 13 de abril de 1982, foi promulgado um Regulamento Provisório sobre o notariado chinês, que passou a permitir a prestação de serviços notariais por profissionais agrupados em pessoas jurídicas de interesse público e de finalidade não- comercial. A reforma prevê, ainda, a convivência, durante um período de transição e em certas localidades, de um notariado misto, que guardará provisoriamente o seu estado vinculado ao corpo administrativo do Estado, mas já devendo atuar segundo as novas regras de mercado.

Em 31 de julho de 2000, o governo central chinês aprovou projeto apresentado pelo Ministério da Justiça de aceleração da Reforma Notarial, o qual entrou em vigor em outubro de 2000 e será implementado até 2010. Os tabelionatos chineses passaram a desenvolver sua atividade segundo as leis de mercado, responsabilizando-se pelos atos praticados, bem como submetendo-se à autoridade da Associação Notarial Chinesa e à fiscalização do Ministério da Justiça. Os notários podem trabalhar isoladamente ou associados, sendo obrigatória a constituição de um fundo de reserva equivalente a 3% (três por cento) da receita para fazer frente a eventuais indenizações. Dá-se especial importância à formação profissional: além da exigência de qualificação superior em direito, o tabelião deve realizar curso de atualização (com quarenta horas por ano). A cada cinco anos, todos os notários deverão participar de um exame de suficiência profissional, estando previsto o primeiro deles para 2005.

Em razão da necessidade de conciliar os interesses econômicos e sociais do sistema político chinês, foi desenvolvido um plano de aperfeiçoamento da atividade notarial do tipo latino, como sendo a mais adequada à proteção da segurança jurídica dos negócios a serem firmados com pessoas e empresas estrangeiras, dentro de um processo de abertura e reconhecimento da propriedade privada dos meios de produção (além dos bens materiais essenciais), fato esse que tem levado e oportunizado grandes investimentos ao país.

Ao discorrer sobre o notariado na China, João Figueiredo FERREIRA (2003), arremata seu artigo asseverando e indagando o seguinte, *in verbis*: "A China, com seus um bilhão e trezentos milhões de habitantes, irá então [na reunião da União Internacional do Notariado Latino, em Paris, em março de 2003] juntar-se ao seleto grupo de setenta países atualmente associados, que praticam o notariado do tipo latino. Como reagirão os desinformados detratores do notariado brasileiro, que acham que cartório é coisa de país atrasado, que não existe em nação desenvolvida?"

Analisados os principais modelos de notariado no direito estrangeiro, passemos, pois, a investigar o sistema vigente no Brasil, partindo da premissa de que o legislador brasileiro, recentemente, com a edição da Lei 8.935/1994, respaldada no art. 236 do Texto Constitucional, situou os notários e registradores pátrios, como profissionais do direito, na categoria do notariado do tipo latino.

2

O REGIME JURÍDICO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL

SUMÁRIO: 2.1 O poder delegante, a natureza jurídica dos cartórios e a compulsoriedade da delegação: 2.1.1 O veto ao art. 2º da Lei 8.935/1994 e a suposta competência delegante do Poder Executivo; 2.1.2 Os cartórios não são dotados de personalidade jurídica; 2.1.3 A regulação dos serviços notariais e de registro em leis de organização judiciária; 2.1.4 A (des)necessidade de lei para a criação de cartórios extrajudiciais; 2.1.5 A tendência jurisprudencial em conferir ao Judiciário a competência para outorga da delegação de serviços notariais e de registro; 2.1.6 Mostra-se recomendável que cartórios sejam criados por lei; 2.1.7 A natureza compulsória da delegação de serviços notariais e de registro e os problemas práticos daí advindos – 2.2 A competência estadual para a fixação das atribuições cartorárias e a competência federal para a regulação de registros públicos – 2.3 A natureza jurídica dos emolumentos das serventias extrajudiciais não-oficializadas: 2.3.1 A natureza tributária: os emolumentos cartorários são considerados taxas; 2.3.2 Os problemas advindos da categorização de emolumentos como taxas; 2.3.3 A constitucionalidade de leis que estabelecem gratuidade ou redução de emolumentos cartorários; 2.3.4 A necessidade de implementação de mecanismos de compensação em face das gratuidades ou reduções de emolumentos; 2.3.5 O dirigismo estatal e suas repercussões para os cofres públicos – 2.4 A condição de servidor público para certos efeitos: 2.4.1 A aposentadoria compulsória aos 70 anos; 2.4.2 A legitimidade para integrar o pólo passivo de ação mandamental na condição de autoridade coatora e a condição de funcionário público para os efeitos penais; 2.4.3 A ilegitimidade da Confederação Nacional das Profissões Liberais para propor ação direta defendendo interesses de notários e registradores; 2.4.4 A possibilidade de cumulação das atividades notariais e de registro com o mandato de vereador; 2.4.5 A não-submissão da remuneração de notários e registradores ao teto do funcionalismo público – 2.5 O regime especial dos institutos jurídicos relacionados às atividades notariais e de registro.

A doutrina brasileira a respeito do regime jurídico dos notários e registradores revela-se bastante incipiente, tendo recebido maior atenção

a partir da promulgação da atual Carta da República. Por seu turno, a consulta à jurisprudência, nos dizeres de Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 167), muito embora seja 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". No que tange ao direito objetivo, com advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.935/1994, não resta mais dúvida de que notários e registradores constituem agentes públicos por delegação categorizados em um regime todo especial.

É neste contexto de inovações legislativas e divergências doutrinária e jurisprudencial, a respeito dos serviços notariais e de registro, que passaremos a delinear alguns supostos que devem nortear uma compreensão mais sistêmica a respeito do regime jurídico destes serviços públicos.

2.1 O poder delegante, a natureza jurídica dos cartórios e a compulsoriedade da delegação

Como visto, a Constituição Federal, em seu art. 236, *caput*, dispõe que as atividades notariais e de registro serão exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público. Uma primeira indagação advinda deste dispositivo constitucional é a que, considerando a teoria da tripartição dos Poderes (art. 2º da CF), busca saber se a outorga da delegação dos serviços notariais e registrais deve ser procedida pelo Poder Executivo ou pelo Judiciário. A resposta a este questionamento implica, necessariamente, a tomada de posição quanto à natureza (executiva ou judiciária) dos serviços notariais e registrais, legalmente definidos como sendo "*os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos*".[1]

Tradicionalmente, no Brasil, as serventias extrajudiciais compunham a categoria dos chamados "serviços auxiliares da Justiça" e os titulares de tais ofícios eram classificados como serventuários da Justiça.[2]

(1) Cf. Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994, art. 1º.

(2) Até hoje, a Receita Federal classifica titulares de serventias extrajudiciais, genericamente, como serventuários da Justiça. Vide Instrução Normativa RF 15/2001 que impõe o recolhimento mensal de carnê-leão aos mencionados serventuários da Justiça.

Desde a implantação da República, a criação e a distribuição territorial de tais serventias vinham (e vêm) sendo reguladas nas leis ou códigos de organização judiciária dos respectivos Estados-membros e do Distrito Federal.[3] Os tabelionatos e ofícios registrais eram tratados e considerados como verdadeiros órgãos do Poder Judiciário.

Com o advento da Constituição de 1988, promoveu-se uma explícita mudança neste panorama. A disciplina referente aos serviços em tela não está contida no Capítulo III (Do Poder Judiciário – constante do Título IV – Da organização dos Poderes), mas sim inserida no Título IX (Das Disposições Constitucionais Gerais, art. 236) e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 32).[4] Como decorrência deste novo

(3) Corroborando com esta vinculação dos serviços notariais e de registro ao Poder Judiciário, cumpre salientar que, sob a égide da Constituição Federal de 1967, foi publicada a Lei 5.621, de 4 de novembro de 1970, dispondo, no seu art. 6º, IV, que, "respeitada a legislação federal, a organização judiciária compreende: organização, classificação, disciplina e atribuições dos serviços auxiliares da justiça, *inclusive Tabelionatos e ofícios de registros públicos*" (g.n.). Vale frisar que a referida Lei 5.621/1970 regulamentava o § 5º do art. 144, da Constituição de 1967 (com a redação dada pela EC n. 1, de 1969), que dispunha o seguinte, *in verbis*: "Cabe ao Tribunal de Justiça dispor, em resolução, pela maioria absoluta de seus membros, sôbre a divisão e a organização judiciárias, cuja alteração sòmente poderá ser feita de cinco em cinco anos." Ademais, reza o *caput* do art. 2º da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), *in verbis*: "Os registros indicados no § 1º do artigo anterior [registro civil de pessoas naturais; de pessoas jurídicas; de títulos e documentos e de imóveis] ficam a cargo dos serventuários privativos nomeados de acordo com o estabelecido na Lei de Organização Administrativa e Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios e nas Resoluções sobre a Divisão e Organização Judiciária dos Estados (...)".

(4) É interessante notar que, durante a Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988, várias foram as proposições (emendas parlamentares) que sugeriam a inclusão da matéria concernente aos ofícios registrais e tabelionatos no Capítulo do Poder Judiciário (à guisa de exemplificação, mencionam-se o Anteprojeto e Emendas da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; bem como Emendas ao Anteprojeto de Constituição na Comissão de Sistematização). Como tivemos oportunidade de verificar, tais emendas não prosperaram, restando, portanto, nítida a separação entre órgãos do Poder Judiciário e as serventias registrais e notariais.

contexto, os notários e registradores deixaram de ser enquadrados no âmbito dos serventuários da Justiça ou dos serviços auxiliares da Justiça.[5]

Por seu turno, o Projeto 16/1994, que deu origem à Lei 8.935/1994 (regulamentadora do art. 236 da CF), recebeu veto presidencial ao texto de seu art. 2º, que dispunha o seguinte, *in verbis*: "Os serviços notariais e de registro são exercidos, em caráter privado, por delegação do Poder Judiciário do Estado-Membro e do Distrito Federal". Acresce que o mencionado veto não foi rejeitado pelo Congresso Nacional, pelo que não há qualquer norma disposta no art. 2º da Lei 8.935/1994.

2.1.1 O veto ao art. 2º da Lei 8.935/1994 e a suposta competência delegante do Poder Executivo

Segundo CENEVIVA (2000, p. 27-28), o veto ao art. 2º do PL 16/1994 corrigiu, convenientemente, a suposta impropriedade contida no texto aprovado no Parlamento Nacional. Segundo o referido doutrinador, o texto magno alude à delegação do Poder Público, cabendo ao Poder Judiciário fiscalizar, mas não delegar. "A Carta, ao tornar expresso que a competência do Poder Judiciário é para a fiscalização – não acrescentando qualquer outra, que, aliás, também é estranha aos demais dispositivos constitucionais –, estabeleceu a fronteira para a intervenção da magistratura nos serviços notariais e de registro, acrescida da verificação disciplinar que dela decorre."[6]

(5) A esse respeito, cf. TEODORO DA SILVA, Caderno 1 (1999, p. 7-11).

(6) Há, em avançada fase de tramitação, já no Senado Federal, Projeto de Lei dispondo sobre a outorga da delegação por ato do Poder Executivo (PLC 007/2005, sob a relatoria do Sen. Álvaro Dias; originariamente, PL 6827/2002 e depois PL 160, apresentado pelo Dep. Inocêncio Oliveira). Outro ponto a ser ressaltado, além do veto presidencial ao art. 2º da Lei 8.935/1994 (fato esse que, a princípio, indiciaria a competência do Poder Executivo para outorgar delegação dos serviços notariais e de registro), é o argumento histórico de que, tradicionalmente, no Brasil, as delegações vinham sendo, antes do advento da Lei 8.935/1994, implementadas pelos respectivos chefes do Poder Executivo Estatal. Veja-se como exemplo o que determinava o art. 6º do antigo Decreto que, em âmbito nacional, reorganizou os registros públicos instituídos pelo Código Civil (Dec. 4.827, de 7 de fevereiro de 1924), *in verbis*: "Os registros enumerados no art. 1º desta lei ficarão a cargo de officiaes privativos e vitalicios, providos no Distrito Federal, pelo Presidente da Republica,

Reforçando este entendimento tendente a conferir ao Poder Executivo a competência para outorgar a delegação das atividades notariais e registrais, COTRIM NETO (1971, p. 35) sustenta, *in verbis*: "Os órgãos do fôro extrajudicial, sobretudo notários ou tabeliães e oficiais de registros públicos, não têm por que manter nenhuma relação organizacional e hierárquica com o Poder Judiciário, como já não a têm os membros do Ministério Público e do 'Barreau' [advocacia]. Não obstante, desde que as funções que desempenham os *cargos* que ocupam, têm mais íntimo relacionamento com os órgãos da Administração Estatal que os dos advogados, e são de tão imediato interêsse administrativo quanto os do Ministério Público, ainda que preservada certa autonomia no governo de sua corporação, os notários (e apenas dêsses aqui devemos nos ocupar, e não dos registradores públicos) só deverão vincular-se com o Poder Executivo. Isso não prejudicará, todavia, que entidades ou órgãos

mediante concurso, e nos Estados, na forma estabelecida pelas respectivas leis de organização judiciária, (...)". Por seu turno, dispunha o art. 1º do referido Decreto, *in verbis*: "Os registros publicos instituidos pelo Codigo Civil, para a authenticidade, segurança e validade dos actos juridicos ou tão sómente para os effeitos com relação a terceiros, comprehendem: I – o registro civil das pessoas naturaes; II – o registro civil das pessoas juridicas; III – o registro de titulos e documentos; IV – o registro de immoveis; V – o registro da propriedade litteraria, scientifica e artistica." Ademais, tramita no Supremo Tribunal Federal, desde 15 de março de 2000, a ADIn 2168/SC, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, impugnando a constitucionalidade da *LC 183, de 24 de setembro de 1999, do Estado de Santa Catarina, que, dentre outros dispositivos, determina que a outorga de delegação e as declarações de vacância dos serviços notariais e de registro devem ser procedidas pelo Governador do Estado (LC Estadual 183/1999, arts. 1º e 4º, § 2º)*. Vale dizer que a referida lei estadual está em vigor, sendo que, no Estado de Santa Catarina, é o Governador a autoridade competente para outorgar delegação dos serviços notariais e de registro. O pedido liminar na ADIn 2168 ainda não foi apreciado, a relatoria que foi incumbência do então Min. Néri da Silveira passou para o Min. Gilmar Ferreira Mendes. Vale ressaltar, também, que, no Distrito Federal, a Lei local 3.595/2005, publicada no *DODF* de 2 de maio de 2005 (fls. 4-6), dispõe em seu art. 1º, *in verbis*: "A outorga da delegação do exercício da atividade notarial e de registro é ato privativo do Governador do Distrito Federal." O referido ato normativo distrital está sendo impugnado no STF por meio da ADIn 3498 (sob a relatoria da Min. Ellen Gracie), ajuízada em 12 de maio de 2005 pelo Procurador-Geral da República.

do Judiciário exerçam determinadas supervisões técnicas do desempenho profissional dos notários, tal como é ordinário na Alemanha".

Nada obstante o veto presidencial e os argumentos de respeitáveis doutrinadores, o fato é que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, se a competência para a declaração de vacância da delegação, designação de substituto e abertura de concurso é atribuída ao Poder Judiciário pela Lei 8.935/1994 (em seus arts. 15 e 39, § 2º), pode-se inferir, por interpretação sistemática e por imperativo lógico, a atribuição do Judiciário para outorgar as delegações dos serviços notariais e de registro.[7] Veremos, após breve comentário a respeito da natureza jurídica

(7) Entendendo que, mesmo com o veto ao art. 2º da Lei 8.935/1994, a competência para outorga e declaração de extinção de delegação dos serviços extrajudiciais é do Poder Judiciário dos respectivos Estados-membros e do Distrito Federal, confira, por exemplo, os julgamentos do ROMS 8.086/MG (Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma do STJ), publicado no *DJ* de 04.10.1999; ROMS 10.292/SC (Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma do STJ), publicado no *DJ* de 01.08.2000; ROMS 10.780/SC (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 3ª Seção do STJ), publicado no *DJ* de 18.09.2000, ROMS 10.947/SC (Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma do STJ), publicado no *DJ* de 25.10.2000; ROMS 10.647/SC (Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma do STJ), publicado no *DJ* de 01.08.2000; ROMS 10.286/SP (Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma do STJ), publicado no *DJ* de 28.10.2002 e EDROMS 11.912/GO (Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma do STJ), publicado no *DJ* de 25.02.2002. Frise-se, todavia, que, muito embora o art. 15 da Lei 8.935/1994 disponha que os concursos para notários e registradores serão realizados pelo Poder Judiciário, o § 2º do art. 39, do mesmo estatuto legal, apenas faz menção de que, "extinta a delegação a notário ou oficial de registro, a *autoridade competente* declarará vago o respectivo serviço, designará o substituto mais antigo para responder pelo expediente e abrirá concurso", não explicitando se tal *autoridade competente* é o Governador do Estado (ou o Presidente da República, no caso do Distrito Federal) ou, então, o Presidente do Tribunal de Justiça Estadual ou Distrital. Não se pode deixar de mencionar que, no ROMS 8.301/PB (Rel. Min. William Patterson, 6ª Turma do STJ), publicado no *DJ* de 20.10.1997, o Superior Tribunal de Justiça abonou a idéia, hoje já superada, de que atos que importassem em perda de delegação de serviços notariais e de registro competiriam ao Poder Executivo. Reformou-se, assim, no julgamento deste ROMS 8.301, acórdão do Tribunal de Justiça da Paraíba que decretara o afastamento de oficial de registro de imóveis, uma vez que, para efeito de perda da delegação, na hipótese, não houvera decisão judicial transitada em julgado, tampouco resolução administrativa expedida pelo poder delegante (que, no entender à época unânime da 6ª Turma do STJ, seria, sem dúvida, o Poder Executivo).

dos cartórios (como sendo, ou não, dotados de personalidade jurídica), que o Supremo Tribunal Federal tende a se expressar, também, no sentido de que cabe ao Judiciário delegar os serviços notariais e de registro.

2.1.2 Os cartórios não são dotados de personalidade jurídica

O entendimento predominante de nossas doutrina e jurisprudência firma a posição de que os cartórios extrajudiciais não possuem personalidade jurídica. Os cartórios (ou ofícios) constituem unidades de serviços notariais ou registrais que, por concurso público, se atribuem à determinada pessoa, a fim de que esta, titularizando o cartório, por delegação do Poder Público, desempenhe suas atividades funcionais.

Assim sendo, pelos atos praticados no ofício notarial ou de registro, responde pessoalmente o titular da serventia extrajudicial, não se afigurando tecnicamente correto que o cartório integre o pólo passivo de qualquer demanda, uma vez que não detém personalidade jurídica própria.[8]

Em recente julgamento, contudo, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quarta Turma, analisando matéria de direito no REsp 476.532/RJ (sob a relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar, na sessão do dia 20 de maio de 2003, com acórdão publicado em 04 de agosto de 2003), entendeu, por unanimidade de votos, que, nada obstante o fato de o cartório não possuir personalidade jurídica, a serventia extrajudicial deve ser considerada como pessoa formal dotada de personalidade judiciária, com capacidade para estar em juízo, tal como as demais figuras expressas no rol não taxativo do art. 12 do CPC. Não há dúvida de que esse posicionamento, caso venha a se consolidar, muito embora facilite o ressarcimento do dano para os prejudicados, gerará graves problemas na sucessão da titularidade de um serviço notarial ou de registro, uma vez que o titular-sucessor poderá vir a ser responsabilizado por prejuízos causados em momento em que sequer administrava o serviço a si delegado.

(8) A esse respeito, vide AGI/DF 3373 (Rel. Des. Adelith de Carvalho Lopes, 2ª Turma Cível do TJDF), publicado no *DJ* de 14.06.2000. Outrossim, para efeitos tributários, os cartórios não têm personalidade de pessoa jurídica, sendo certo que os haveres auferidos por atos praticados devem ser contabilizados como receita da pessoa física do titular da serventia, devendo este recolher o IRPF – Imposto sobre a Renda de Pessoa Física.

2.1.3 A regulação dos serviços notariais e de registro em leis de organização judiciária

No que tange à criação, desdobramento, desmembramento, organização territorial e extinção dos ofícios notariais e de registro, o Supremo Tribunal Federal continua entendendo, mesmo depois da Constituição de 1988, que compete, privativamente, aos respectivos Tribunais de Justiça, a propositura de projetos de lei sobre essas matérias. Baseia-se nossa Suprema Corte nos dispositivos do art. 96, I, alínea *b*, e II, alíneas *b* e *d*, demonstrando que os serviços notariais e de registro continuam sendo considerados serviços reguláveis em leis de organização do Poder Judiciário.[9]

2.1.4 A (des)necessidade de lei para a criação de cartórios extrajudiciais

Relativamente à natureza orgânica dos cartórios, como plexos de competências (repartições de atribuições), cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal já se viu instado, no julgamento da ADInMC 1583/RJ (sob a relatoria do Min. Néri da Silveira), a exarar entendimento a esse respeito. Em face da percuciente análise doutrinária empreendida pela Corte, e por ter a matéria debatida na referida ADIn relação direta com o assunto de que ora se trata, vale a pena debruçarmo-nos com

(9) Sobre o tema da competência privativa dos Tribunais de Justiça para iniciativa de leis tendentes a criar e extinguir serviços notariais e de registro, nas ADIn 865/MA (Rel. Min. Celso de Melo, Plenário de 07.10.1993, acórdão publicado no *DJU* de 08.04.1994) e 1935/RO (Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário de 29.08.2002, Informativos STF 279), o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de, à unanimidade em ambos julgamentos, externar o entendimento de que os serviços notariais e de registro são considerados serviços auxiliares da justiça para os efeitos de que trata a alínea *b*, do inciso II, do art. 96, da CF. Noticia o Informativo 279, sob o título *Criação de cartórios e competência*, que "o Tribunal afastou a alegada inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, porquanto a norma impugnada [Lei 769/1997 do Estado de Rondônia, criando os 3º e 4º Ofício de Protestos de Títulos da Comarca de Porto Velho] trata de matéria de organização judiciária, cuja iniciativa legislativa pertence aos tribunais de justiça, consoante dispõe o art. 96, II, alíneas *b* e *d*, da CF/1988 – que outorgam competência privativa aos tribunais para propor ao Poder Legislativo a criação de cargos dos serviços auxiliares dos juízes de direito que lhe forem vinculados, bem como a alteração da organização e divisão judiciárias".

mais vagar sobre esse precedente jurisprudencial, enfocando, dentre os diversos temas ventilados,[10] a natureza orgânica dos cartórios.

A referida ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR, com o intuito de que fosse declarada a inconstitucionalidade de dois provimentos exarados pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro que haviam transformado algumas sucursais de cartórios em novos serviços notariais (criando, assim, serventias extrajudiciais por ato administrativo).

Em suas informações, o Corregedor-Geral da Justiça fluminense alegou que, com o advento do regime instituído pelo art. 236 da CF de 1988, regulamentado pela Lei 8.935/1994, a atividade notarial perdeu a sua característica orgânica e os notários passaram de funcionários públicos *stricto sensu* para delegatários de função pública, em regime privado, sendo considerados agentes públicos em sentido *lato* apenas para o fim de aposentação compulsória. Sustentou, ainda, que os conceitos doutrinários de delegação afastam entendimento que pretenda atribuir caráter de órgão administrativo aos ofícios de notas e de registro, que, por essa razão, prescindiriam da intervenção legislativa para a sua criação, ainda que se admita a elaboração de lei como procedimento preferencial.

Dentre os votos dos eminentes ministros, destaca-se a passagem do entendimento do Min. Sepúlveda Pertence, nos seguintes termos, *in verbis*: "Não posso negar a relevância da argüição de inconstitucionalidade. Os ofícios do notariado e dos registros públicos são órgãos do Estado, na medida em que instrumentos do desempenho de funções públicas: organismos dotados de fé pública, está dito, hão de ser serviços estatais. Não importa que por essa sobrevivência inqualificável no setor dos tempos de patrimonialização do Estado, como preceitua este melancólico art. 236 da Constituição, se cuide de funções públicas 'exercidas em caráter privado por delegação do Poder Público'. Por que

(10) Nesta ADIn 1583/RJ, debatem-se temas como: a violação do direito adquirido dos titulares de ofícios que tiveram suas sucursais extintas pelos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Rio de Janeiro; a suposta competência do Poder Executivo para a delegação e o afastamento dos titulares dos serviços notariais e registrais; a presença dos requisitos ensejadores da concessão da medida cautelar (o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*).

são públicos, é que, para exercê-los em caráter privado, dependem os titulares cartorários, da delegação do Estado. São, pois, órgãos da administração. E assim, à primeira vista, a mim me parece que a instituição dos ofícios é objeto de reserva de lei no art. 48, XI, da Constituição: trata-se de criar órgãos públicos."

Assim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, embora tenha, numa primeira oportunidade (na sessão de julgamento de 26.06.1997), indeferido, por votação majoritária, o requerimento de cautelar, em face da ausência de *periculum in mora*; ao reapreciar o pedido da ANOREG/BR, na sessão de 15.04.1998, reconsiderou a decisão e deferiu, à unanimidade, a medida, entendendo, *in limine*, que assistia razão aos argumentos de inconstitucionalidade dos Provimentos do Corregedor-Geral da Justiça carioca.

Nada obstante o entendimento esposado no julgamento da ADInMC 1583/RJ, em recente decisão de medida cautelar na ADIn 2415/SP, por maioria de votos,[11] o Supremo Tribunal Federal entendeu que os respectivos Tribunais de Justiça, por mero ato administrativo normativo (resoluções, provimentos etc.), têm competência para criar e extinguir serviços notariais, prescindindo de lei em sentido estrito para tanto.[12]

Nas informações prestadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da mesma ADInMC 2415/SP, conforme se pode inferir do voto do Min. Ilmar Galvão (Relator), argumenta-se que, com o advento do regime de delegação, não há que falar em criação de cargos e cartórios, mas de delegações ou unidades de serviço, bastando simples ato administrativo para o surgimento de nova delegação, cuja outorga se concretizará após a realização de concurso público.

Segundo noticia o Informativo STF 254, a respeito da ADInMC 2415/SP, o Tribunal entendeu que é constitucional o ato administrativo,

(11) No julgamento da ADInMC 2415/SP, restaram vencidos os votos de três ministros, a saber: Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Néri da Silveira. O tema a respeito da possibilidade de criação, extinção, (des)acumulação e (des)anexação de serviços notariais e de registro por ato administrativo do Tribunal de Justiça será ventilado, também, na ADIn 3319 (sob a relatoria da Min. Ellen Gracie) e na ADIn 3331 (sob a relatoria do Min. Joaquim Barbosa).

(12) Cf. Informativo do STF 254, Título: Serventias Notariais e Cargos Públicos (ADIn 2415, Plenário de 13.12.2001).

expedido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que reorganiza as delegações de registro e de notas (criando e extinguindo unidades, bem como acumulando e desacumulando serviços). Em decisão inovadora, decidiu-se que os serviços notariais e de registro não são cargos públicos, afastando, à primeira vista, a tese de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da reserva legal, que deve ser, simetricamente, observado nos Estados-membros e municípios, insculpido nos incisos X e XI, do art. 48 da CF.[13]

Com efeito, o voto condutor do Min. Ilmar Galvão firma entendimento coincidente com os argumentos exarados pela Corregedoria de Justiça Paulista; confiramos, pois, alguns de seus trechos, *in verbis*: "O ingresso no exercício das referidas funções opera por meio da delegação conferida a quem se houver habilitado para o mister, por meio de concurso público de provas e títulos, instituto que, no caso, faz as vezes da licitação exigida pelo art. 175 da Carta, para a concessão de serviços públicos. (...) é fora de dúvida que a sua instituição independerá de ato do Poder Legislativo, estando condicionada tão-somente à investidura de um titular, mediante delegação, depois de devidamente aprovado em concurso público de provas e títulos, realizado pelo Poder Judiciário (art. 15 da Lei 8.935/1994) ou de ato de remoção praticado na conformidade da lei estadual (art. 18 da mesma Lei 8.935/1994). O mesmo se dá com outros serviços públicos, como, v. g., o de transporte coletivo ou o de energia elétrica, que independem de lei, encontrando-se a sua execução na dependência tão-somente do ato concessório, que é formalizado em favor do vencedor da respectiva licitação. (...) Não está prevista na Constituição nenhuma competência específica para medidas dessa natureza [criação de serviços notariais e de registro por lei], que não se confundem, em absoluto, com a criação de cargo público, inexistindo dúvida de que se trata de atribuições a cargo dos próprios tribunais que se acham, hoje, constitucionalmente investidos do poder de organizar os serviços dos juízos que lhes forem vinculados (art. 96, I, *b*), parecendo, por isso, verdadeiro despropósito afirmar que lhes falece competência para delegar,

[13] Dispõem os mencionados incisos da CF: "Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional (...) dispor sobre (...): X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*; XI – criação e extinção de (...) órgãos da administração pública", com redação dada pela EC n. 32, de 11 de setembro de 2001.

acumular e desmembrar serviços que outra coisa não são senão serviços auxiliares dos juízos, conquanto prestados por particulares".

Por seu turno, o Min. Sepúlveda Pertence, contrariando as reflexões por si expendidas na prolação de voto na ADInMC 1583/RJ, asseverou que, relativamente à natureza dos serviços notariais e de registro, "trata-se, diz a Constituição, de exercício em caráter privado por delegação do Poder Público. De tal modo que não se trata, a meu ver, de cargos públicos; são unidades de um serviço público, cuja divisão, subdivisão, acumulação ou desacumulação jamais se consideraram sujeitas à reserva de lei".

2.1.5 A tendência jurisprudencial em conferir ao Judiciário a competência para outorga da delegação de serviços notariais e de registro

Assim sendo, temos que o entendimento jurisprudencial hoje predominante é no sentido de que cabe ao Poder Judiciário, e não propriamente ao Executivo, a competência para outorgar a delegação dos serviços notariais e de registro. Neste aspecto, reputamos razoável e tecnicamente admissível o posicionamento de nossa Suprema Corte, uma vez que, levando-se em consideração o plexo de competências conferidas ao Judiciário, tanto na Constituição quanto na Lei 8.935/1994, relativamente à fiscalização dos referidos serviços delegados, *a fortiori*, pode-se admitir a atribuição deste Poder para a outorga da delegação dos serviços ora referidos.

Sobre a atribuição do Poder Executivo, não prevaleceu, jurisprudencialmente, malgrado a eminência de sua fonte, a ponderação deduzida por BANDEIRA DE MELLO (1999, p. 203-206), no sentido de que a Lei 8.935/1994 tenha enumerado à exaustão os poderes que compete ao Judiciário, máxime no que toca a fiscalização dos tabelionatos e serviços registrais. Para este autor, em não tendo a lei nem a Constituição declinado o poder de delegação, tal omissão legislativa representaria um silêncio eloqüente tendente a induzir a conclusão de que a delegação deva ser outorgada pelo Poder Executivo. Contudo, acreditamos que as hipóteses legislativas de interferência judiciária nos mencionados serviços delegados não encerram *numerus clausus*.

Ademais, não prosperou o argumento do eminente administrativista ao sustentar que "os ditos serviços nada têm a ver com a natureza

das funções próprias do Judiciário. (...) A missão típica do Judiciário é, quando suscitado, dirimir controvérsias com força de coisa julgada, nada tendo a ver, pois, com a criação ou supressão de unidades administrativas, isto é, de centros subjetivados de poderes públicos não legislativos nem jurisdicionais e também não integrados na intimidade de seu aparelho" (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 203-206).

Embora a administração não seja sua atividade fim, ao Poder Judiciário compete o exercício de vários atos administrativos, tais como: a realização de concursos públicos, de licitações e processos administrativos de seu interesse específico, a expedição de atos normativos (resoluções, portarias e provimentos), a jurisdição voluntária etc. E mais, se considerarmos que as serventias notariais e de registro são serviços auxiliares da Justiça, uma vez que visam à prevenção de conflitos e cujos agentes públicos servem de consultores jurídicos aos cidadãos, sintomática será a conclusão de que competirá, nos termos do art. 96 da CF e em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao Judiciário a organização, criação e extinção de tais serviços.[14]

(14) Não se ignora que o tema referente à competência para a delegação é deveras polêmico, sendo que, em certos Estados (como é o caso de Santa Catarina e, mais recentemente, do Distrito Federal), há lei estabelecendo a competência dos governadores para a outorga da delegação dos serviços notariais e de registro (vide nota de rodapé 6 deste Capítulo 2). Segundo a interpretação da advogada Patrícia MACHADO (2001, p. 117), no Piauí, por sua Constituição Estadual (art. 75, §2º, II, alínea *a*), compete privativamente ao governador deflagrar processo legislativo tendente a criar ou extinguir os serviços notariais e registrais. Além disso, cumpre salientar que o posicionamento de BRANDELLI (1998, p. 57 e 64) é no sentido de que ao Poder Executivo é que cabe delegar os mencionados serviços e, citando Antonio Albergaria PEREIRA (*Comentários à Lei 8935/94*, Bauru: Edipro, 1995, p. 21), aduz que "atribuir a delegação dos serviços notariais e registrais ao *Poder Judiciário* seria diminuir a ação do *Poder Executivo*, a quem compete organizar a administração pública nomeando ou delegando atribuições e serviços de interesse público. O *Poder Constituinte* só atribuiu ao Poder Judiciário o direito de fiscalizar os atos praticados por notários e registradores e não delegar esses serviços". Por mais que a jurisprudência já tenha pacificado a matéria, o debate doutrinário persiste: as atividades notariais e de registro, no quadro tripartite das funções estatais, aproximar-se-iam mais ao aparato judiciário (como escrituras e registros relativos a direito de família – casamentos, emancipações, interdições, tutelas – e de sucessões) ou ao aparato executivo (como sugerem os registros imobiliários)?

Não vemos, outrossim, qualquer pecha no fato de o poder delegante ser também o poder fiscalizador das atividades notariais e de registro. A competência do Poder Judiciário para a delegação dos serviços cartorários advém, segundo entendimento jurisprudencial, da maior proximidade que as atividades notariais e de registro guardam com a função jurisdicional (tanto é que a disciplina básica das serventias extrajudiciais insere-se no âmbito da competência para dispor sobre organização judiciária); qualificando-se aquelas como serviços de organização técnico-administrativa e sendo categorizadas, até mesmo, como espécie de jurisdição voluntária. Ademais, há serviços públicos concedidos pelo Poder Executivo, cujos concessionários são fiscalizados por órgãos e agências integrantes ou vinculados à estrutura deste mesmo Poder. O fato é que, caso haja abuso do poder fiscalizador (que é uma função administrativa – desempenhada, no caso de notários e registradores, pelo Poder Judiciário), o delegado poderá, conforme disposto no inciso XXXV do art. 5º da CF, ingressar com ação no Poder Judiciário, para obter pronunciamento judicial a esse respeito. Não há, pois, que se alegar impedimento apriorístico de fiscalização ao Poder Público que delega uma dada atividade.

2.1.6 Mostra-se recomendável que cartórios sejam criados por lei

Em contrapartida, entendemos, com o devido respeito, que a decisão na ADInMC 2415/SP, na parte em que define os ofícios extrajudiciais como unidades que não constituem órgãos públicos e, por isso, podem ser criados e extintos por atos administrativos do Corregedor da Justiça, não expressou a melhor interpretação dos dispositivos constitucionais que regem a matéria.

Queremos crer que a decisão mais acertada se encontra nos votos dissidentes deste julgamento que verberaram, tal como doutrina BANDEIRA DE MELLO (1999, p. 200-212) e indiciava o julgamento na ADInMC 1583/RJ, o entendimento de que os cartórios possuem, sim, natureza análoga a de órgãos públicos, constituindo-se plexos unitários de competências administrativas públicas que devem ter, sim, suas atribuições criadas por lei.

O ato de outorga de delegação a um concursado, para exercer a titularidade de um serviço notarial ou de registro, não advém de "uma massa indivisa de atribuições, concentradas nas mãos de uma dada autoridade

(seja ela do Executivo ou do Judiciário)",[15] supostamente detentora de um feixe de poderes que se delega ou se extingue, fazendo surgir ou permitindo a existência de serviços ou serventias, cujas existências individualizadas ficariam atreladas ao entendimento soberano de uma autoridade pública.

O Min. Marco Aurélio, quando do julgamento da medida cautelar na referida ADIn 1583/RJ, expressou argumento bastante consistente, qual seja, *in verbis*: "Não se pode cogitar de um poder tão grande a ser exercido no âmbito de uma organização, a organização do próprio Estado, ligada ao Judiciário, por um único homem [o Corregedor]". Tudo indica, todavia, que, o julgamento da ADInMC 2415/SP encerra grave precedente, oportunizando, por mero ato administrativo (exarado pelas respectivas Corregedorias-Gerais de Justiça), a criação, desmembramento e extinção de serventias, bem como a acumulação e desacumulação de suas atribuições.

O fato é que – caso os Corregedores-Gerais das Justiças dos respectivos Estados federados e do Distrito Federal tenham o poder de redefinir, por provimentos (ou qualquer outra espécie de ato administrativo), as atribuições cartorárias, sob a alegação de que estes constituem meras delegações, não tendo natureza de órgãos públicos – poder-se-á instaurar contínua instabilidade na estipulação da quantidade, dos tipos de atribuições e das limitações territoriais de atuação das serventias extrajudiciais do Brasil.

Considerando que, normalmente, os Corregedores-Gerais das Justiças possuem mandatos de dois anos,[16] verifica-se que, a cada sucessão administrativa das respectivas Corregedorias, iniciarão momentos de incerteza quanto à configuração dos cartórios nas respectivas unidades da Federação. Tal insegurança poderá gerar uma repercussão desfavorável para o bom funcionamento das serventias extrajudiciais.

Entendemos que, pela relevância da matéria afeta à criação e extinção de cartórios, considerados estes como unidades de atribuições para

(15) Ver BANDEIRA DE MELLO (1999, p. 200).

(16) O prazo de dois anos para o mandato do Corregedor foi extraído, como exemplo, do art. 24 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (public. *DJ* de 08.04.1997).

o desempenho de serviço público (sob regime especial de delegação compulsória), mostra-se conveniente que sejam interpretadas as regras que dispõem sobre as serventias extrajudiciais como se os cartórios fossem órgãos públicos, exigindo-se, assim, prestígio ao princípio da reserva de lei insculpida nos incisos X e XI, do art. 48 da CF (princípio a ser observado, por simetria, nos Estados-membros e municípios). Não há dúvida de que a exigência de lei para a criação de serventias extrajudiciais implica maior estabilidade, segurança e legitimidade. A delegação de serviços cartorários, como se vem demonstrando, é feita sob regime especial, *sui generis*, não se enquadrando em categoria ordinária de concessão de serviços públicos.[17]

Afigura-se criticável a interpretação de que, pelo art. 236 da CF, os mencionados serviços notariais e de registro são criados por singela e ordinária delegação do Poder Público e, por esse fato, a conveniência de sua manutenção ou extinção depende simplesmente do humor ou juízo avaliativo da entidade delegante. Por imposição de sistematicidade do texto constitucional, não se deve admitir, com o devido respeito, que um tribunal extrapole de sua competência normativa, ocupando área que demanda atuação do Poder Legislativo (para que receba a legitimidade de representação popular), em matéria de amplas repercussões sociais e que pretende ter caráter regulador permanente.[18]

(17) Pinto FERREIRA (1995, p. 493) arremata o seu comentário ao art. 236 da CF de 1988, lecionando, *in verbis*: "Em resumo, a Lei Fundamental de 1988 privatizou os serviços notariais e de registro, pela qualificação dada especificamente como 'serviços de caráter privado' (art. 236). Acentuou o exercício privado dos serviços notariais e de registro mediante delegação do Poder Público, *por delegação constitucional especificamente prevista, que não se confunde com outros tipos de delegação estatuídos no texto constitucional*." (Grifamos.)

(18) Esse também foi o entendimento unânime da 2ª Turma do STJ, no Recurso em MS 3.956-0/DF, sob a relatoria do Min. José de Jesus Filho, julgado em 31.08.1994 (public. *DJU* de 10.10.1994), em que se discutia a legalidade de o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por meio de Resolução, limitar territorialmente as atribuições dos cartórios, bem como impor a distribuição prévia de escrituras e de títulos apresentados a protesto, nas regiões administrativas em que houvesse mais de um tabelionato de notas ou de protesto, respectivamente. O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando pronunciamento da Subprocuradoria-Geral da República, entendeu que a Resolução TJDFeT 4,

Com efeito, conforme ensina BANDEIRA DE MELLO (1999, p. 200), as serventias não são criadas pelo ato de delegação, nem são suprimidas nas hipóteses em que esta se extingue. As serventias antecedem a possibilidade de delegação e persistem, existindo mesmo depois de cessada uma dada delegação feita a alguém para exercer a titularidade de tal serventia. Com efeito, para que alguém titularize um serviço notarial ou de registro, o cartório deve ser, antes e regularmente, criado (por meio de lei), tal como em direito se criam os centros públicos de atribuições e – nesta mesma conformidade – se extinguem, por igual processo, segundo o princípio geral do paralelismo das formas. A extinção da delegação (ou seja, o afastamento do titular de um dado serviço notarial ou de registro, por motivo de aposentadoria, sanção administrativa, morte etc.) não pode ser confundida com a extinção da serventia (ou seja, extinção – por motivo de insuficiência de volume de serviços ou de receita – do

de 25.10.1991, é ilegal, uma vez que, *in verbis*, "verifica-se que o Eg. Tribunal de Justiça extrapolou de sua competência normativa, ocupando área que demanda o imprescindível concurso do Poder Legislativo, para que assim fique comprometida a representação popular, em matéria de cunho acentuadamente político, de amplas repercussões sociais, não podendo ser dimensionada pelo prisma tipicamente individualista, dos beneficiários ou aqueles nesta oportunidade prejudicados pelas inovações, dado que estas pretendem ter caráter regulador permanente. Aos Tribunais, de uma maneira genérica, assiste competência para 'organizar suas secretarias e seus serviços auxiliares', conforme dispõe o art. 96, I, *b*, da CF. Primeiro, que aqui não se trata de serviço auxiliar, versando precisamente sobre serviços extrajudiciais, que 'são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público', como o declara o *caput* do art. 236, também do Documento Fundamental. Sobre essa matéria, há de ser editada uma lei específica, não podendo esta ser absorvida pela competência regulamentar, assumindo proporções globais da problemática ou sobre aspectos que têm essa característica, para daquela prescindir o Eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, como aqui o fez". Ainda sobre a impossibilidade de, por ato administrativo de Tribunal de Justiça, cumulação de atribuição cartorária a uma serventia preexistente, veja RMS 15877 (1ª Turma STJ, sob a relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 02.12.2004). Quanto ao fato de as serventias extrajudiciais não constituírem "serviços auxiliares", o Min. Celso de Mello, relator da ADIn 865/MA, em seu voto, assinala, *in verbis*: "As serventias de justiça – já o proclamou o STF (RDA 72/138, Rel. Min. Nelson Hungria) – não são serviços auxiliares dos Tribunais".

cartório individualizado, que constitui plexo de atribuições notariais ou de registro, ocupado por um titular).[19]

Buscando corrigir a interpretação de que a criação de um serviço notarial e de registro prescinde de lei, há, em tramitação no Parlamento Nacional, a PEC n. 357/1996 (de autoria do Dep. Nicias Ribeiro e outros). Essa PEC visa modificar a redação do § 3°, do art. 236, da CF, passando a dispor que a "Lei Estadual disciplinará a criação, o funcionamento e a localização dos serviços notariais e de registros, dependendo o ingresso naquelas atividades de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga ou ocupada interinamente, sem abertura de concurso de provimento, por mais de seis meses".[20]

(19) Dentre as formas de extinção da delegação, pode-se dizer que há formas parciais. Referimo-nos às hipóteses de desmembramento ou desdobramento da serventia. O titular de uma determinada serventia não tem direito adquirido a exercer, de forma vitalícia, todas as atribuições que lhe são delegadas no momento da outorga. A lei, caso haja conveniência, poderá retirar algumas atribuições do notário ou registrador, bem como poderá limitar-lhe a área de atuação funcional. A Lei 8.935/1994, no inciso I do seu art. 29, dispõe, *in verbis*: "Art. 29. São direitos do notário e do registrador: I – exercer opção, nos casos de desmembramento ou desdobramento de sua serventia". Segundo leciona o advogado paulista Walter CENEVIVA (2000, p. 165), "no *desmembramento* (nova serventia é criada quando a comarca é divida) e no *desdobramento* (cria-se nova serventia da mesma espécie, na comarca), o titular tem direito de primeira escolha entre permanecer na antiga ou passar a responder pela nova, resguardados todos os direitos pessoais de que, precedentemente, era portador." Nesse mesmo sentido, o Enunciado 46 das súmulas do Supremo Tribunal Federal, por decisão de 16.12.1963, estabelece, *in verbis*: "Desmembramento de serventia de justiça não viola o princípio de vitaliciedade do serventuário".

(20) Releva mencionar que, na exposição de motivos de tal emenda, justifica-se que "a dimensão continental do Brasil impõe, em regra, que sejam buscadas respostas diferenciadas para as questões de suas diversas regiões. Respeitando-se as normas gerais, há que se encontrar soluções que comportem as necessidades e as realidades dos diversos aglomerados sociais das mais distintas regiões brasileiras. E um dos pontos que se deve sempre ter em mente, é a realidade socioeconômica dos Estados-Membros. Daí ser imprescindível que se deixe a cada Estado a competência de dizer onde e como devem instalar os seus serviços notariais e de registro. Evidentemente que, em assim sendo, será fortalecida a Federação Brasileira, uma vez que estar-se-á respeitando a autonomia

Ademais, tramita, no Senado Federal, o PLC 007 de 2005 (originariamente, PL 160/2003 do Dep. Inocêncio Oliveira) que intenta criar um art. 2A e seu parágrafo único, para a Lei 8.935/1994, determinando que "a criação, acumulação ou anexação, desacumulação ou desanexação e a extinção de serviços ou serventias notariais e de registro, bem como as normas para realização dos concursos públicos de provimento da delegação, far-se-ão mediante Lei dos Estados e do Distrito Federal."

É interessante notar, também, que a EC n. 45 de 8 de dezembro de 2004, ao criar o Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu, no inciso III do § 4º do art. 103-B, que compete ao referido Conselho, dentre outras atribuições, "receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais (...)." (Grifou-se) Tal como se pode perceber, o constituinte derivado refere-se, expressamente, às serventias notariais e de registro como tendo natureza de órgão.

A falta de nitidez com que a matéria – concernente à delegação das atividades notariais e de registro – está tratada na Constituição Federal (e, de resto, na incompleta Lei 8.935/1994) parece ser um dado inafastável. Esse fato impossibilita a acomodação pura e simples dos serviços aqui tratados, na esfera pública ou privada, categorizando-se no regime das concessionárias ou no sistema de ocupação de "repartições públicas". Nessa linha de entendimento, as ponderações enunciadas nos induzem à constatação de que a delegação de atividades, pelo Estado, a entes de direito privado, com o intuito de que estes desempenhem certas tarefas, não representa o afastamento puro e simples do regime de direito público que caracteriza a atuação estatal. Em meio a esse conflito entre a necessidade de dotar o Estado de formas mais ágeis e eficientes de atuação e a impossibilidade de os cartórios serem absolutamente livres de qualquer amarra (em face da sua ligação com o Poder Público), fica o desafio de conciliar os elementos de direito público e de direito privado que se apresentam simultaneamente.

dos Estados, os quais buscarão soluções que atendam as suas reais necessidades, levando sempre em consideração as suas próprias peculiaridades".

Para finalizar este tópico, propomos uma breve análise sobre a possibilidade de os serviços notariais e de registro configurarem hipótese de delegação obrigatória de um serviço público a prestador-particular.

2.1.7 A natureza compulsória da delegação de serviços notariais e de registro e os problemas práticos daí advindos

Sabe-se que a Administração Pública – no desempenho de suas funções institucionais, políticas e administrativas – presta serviços destinados à satisfação das necessidades essenciais ou secundárias (de utilidade pública) da sociedade ou de simples conveniências do Estado. Tais serviços são chamados de serviços públicos. A doutrina não possui uma conceituação uniforme de serviços públicos, mesmo porque seu conteúdo é variável e, no dizeres de Hely Lopes MEIRELLES (1994, p. 294), "flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico".

Classificam-se os serviços públicos por vários critérios, tais como o da essencialidade (serviços públicos propriamente ditos e de utilidade pública), da adequação (serviços próprios e impróprios do Estado), da finalidade (serviços administrativos e industriais), dos destinatários dos serviços (serviços *uti universi* e *uti singuli*) e das formas de prestação (serviços centralizados, descentralizados e desconcentrados).

Levando-se em consideração a forma de prestação, valendo-nos, ainda, dos ensinamentos de MEIRELLES (1994, p. 305), entende-se por serviço descentralizado todo aquele em que o Poder Público transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, *por outorga ou delegação*, a entidades da administração indireta e paraestatais, empresas privadas ou particulares individualmente. Ocorre a outorga quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público; por seu turno, ocorre 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.

No que concerne à execução de serviços notariais e de registro, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 (por seu art. 236) deixou

a cargo de particulares a responsabilidade pela prestação destes serviços públicos.[21] Assim sendo, pode-se inferir que a delegação a que se refere o *caput* deste art. 236 trata-se de uma delegação atípica em que o Poder Delegante está, compulsoriamente, vinculado a delegar o serviço público. Pode soar estranha tal conclusão, mas parece ser essa a intenção de nosso constituinte originário.

O notário paulista Antônio Albergaria PEREIRA (1989, p. 41, 63-65) sustenta, veementemente, que o Poder Público não está obrigado a delegar os serviços notariais e de registro, podendo exercê-los diretamente sempre que houver conveniência para tanto. Segundo o referido autor, a delegação de serviços públicos, mesmo no caso das atividades tabelioas e registrais, é um ato administrativo praticado pelo Poder Público, em decorrência do seu poder discricionário. O fato de a Constituição ter estabelecido que tais serviços serão exercidos em caráter privado não implica um impedimento ou uma proibição para o Poder Público exercê-las. "Cada Estado, valendo-se de seu poder discricionário, delegará ou não o exercício dos referidos poderes. Pode, inclusive, delegar e também exercer os mesmos serviços, concorrendo com aqueles que os recebem em delegação. Quem delega o exercício de uma função, também pode exercê-la" (p. 63). Ademais, se o sistema constitucional permite até a intervenção do Estado na economia de mercado, com muito mais razão deveria fazer quanto aos serviços que são de natureza pública e indispensáveis ao exercício da cidadania.

Neste mesmo sentido, tentado corrigir a estranheza gerada pelo entendimento de que o constituinte tenha criado, no art. 236, esdrúxula hipótese de delegação compulsória, o Senador Roberto Freire e outros apresentaram a PEC 25/2001, visando a estatizar os serviços de registro de imóveis para que passem a ser exercidos diretamente pelos Municípios ou pelo Distrito Federal, justificando a referida Proposta de Emenda Constitucional da seguinte forma, com os seguintes argumentos, *in verbis*:

[21] A exceção a esta regra encontra-se prevista tão-somente na hipótese de serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo Poder Público, antes da promulgação da Constituição, conforme dispõe o art. 32 do ADCT. Já o art. 50 da Lei 8.935/1994 determina que, "em caso de vacância, os serviços notariais e de registro estatizados passarão automaticamente ao regime desta lei".

"O art. 236 da CF determina que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. O dispositivo requer interpretação serena, e não açodada, porque a delegação não pode ser de natureza compulsória, pois se assim fosse a atribuição notarial só poderia ter natureza privada, necessariamente.

"Sendo assim, a exegese do dispositivo constitucional revela antinomia flagrante, posto que [sic] a delegação de competência caracteriza-se pelo exercício de uma faculdade, e não pela compulsoriedade. O poder público tem a faculdade de delegar poderes, dentre os de seu domínio, mas não o dever ou a obrigação de delegar.

"Diante disso, impõe-se o aprimoramento da redação do referido art. 236, pois é imprópria, por antinômica, a interpretação que lhe tem sido dada, de que os serviços notariais devem ser exercidos exclusivamente em caráter privado, por força de delegação.

"Os serviços notariais afiguram-se como benesses injustificáveis, resquício patrimonialista da época em que os príncipes premiavam seus leais com prebendas."

Não compartilhamos do entendimento expendido pelo notário Antônio Albergaria PEREIRA, tampouco na justificação da referida PEC 25/2001, uma vez que resta clara a intenção do constituinte originário em atribuir a necessária outorga a particulares das atribuições de atividades notariais e de registro. Acompanhamos o entendimento do constitucionalista Luís Roberto BARROSO (2003, p. 32-33), para quem, em regra, os serviços notariais e de registro "não podem ser exercidos pelo Estado, quer diretamente por órgão integrante da sua estrutura, quer indiretamente, através de autarquia. Essa linha de entendimento é inequivocadamente chancelada pela interpretação sistemática do texto constitucional, tanto no que diz respeito às normas que disciplinam os diferentes regimes de execução de serviços públicos (arts. 175; 21, XI e XII; 25, § 2º e 30, V), como àquelas que, com o art. 236, formam o sistema de regência das serventias judiciais e extrajudiciais (arts. 31 e 32 do ADCT)".

Diante das ponderações supramencionadas, pode-se inferir, acompanhando conclusões expendidas por Maria Bárbara Toledo ANDRADE e SILVA (2003, p. 2), que a delegação de serviços notariais e registrais, além de ser compulsória, possui as seguintes características: a) é permanente

ou estável desde a outorga, não sendo restringida sua estabilidade pelo triênio do estágio probatório, ao qual é submetido o servidor público nomeado para cargo de provimento efetivo (CF, art. 41, com redação dada pela EC n. 19/1998); b) é extensiva a todos os atos integrados à função e ao objeto dos serviços a serem prestados (Lei 8.935/1994, art. 7°, parágrafo único, e art. 41); c) é imposta ao próprio Poder Público delegante, pois submete os atos notariais e registrais de interesse imediato do Estado à aferição por parte do oficial, ademais um ato de delegação suspende a competência estatal de outorgar outra delegação simultânea para o mesmo ofício; e d) pode sofrer descontinuidade por suspensão do titular da serventia, nos casos disciplinares e na forma da lei.

2.1.7.1 O registro de sociedades empresárias nas juntas comerciais

Não se pode negar, todavia, que esse modelo especial de delegação compulsória das atividades notariais e de registro gera algumas perplexidades. Com efeito, a princípio, afigura-se estranho o fato de a Lei 8.934, de 18 de novembro de 1994, que "dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências", determinar que o registro público das referidas pessoas jurídicas e atividades será exercido não em caráter privado, mas por órgãos federais e estaduais, quais sejam: o Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC, órgão integrante do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo (atualmente, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior), central do Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis – SINREM, e as Juntas Comerciais, como órgãos locais.

Caso admitamos a necessária delegação ao setor privado das atividades registrais (genericamente consideradas), a constitucionalidade dos dispositivos normativos da Lei 8.934/1994 resta, sob esse enfoque, gravemente comprometida. Entendemos, contudo, que a norma contida no art. 236 da CF (no sentido de que "os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado") deve ser interpretada de forma estrita, limitando o sentido e alcance da expressão "serviços de registro" a normatizar a forma de prestação das atividades registrais que – dispostas na

Lei de Registros Públicos – já vinham, historicamente,[22] sendo exercidas em caráter privado, quais sejam: os serviços de registro civil (das pessoas naturais e das pessoas jurídicas sem natureza mercantil), registro imobiliário e registro de títulos e documentos.

2.1.7.2 Os registros no INPI e nas entidades ligadas ao Ministério da Cultura

Pelas mesmas razões, não há por que se considerarem inconstitucionais disposições sobre os registros relativos à propriedade industrial de marcas, patentes, desenhos industriais etc. (Lei 9.279, de 14 de maio de 1996), procedidos pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI (autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, referida já na Lei 5.648, de 11 de dezembro de 1970).

São igualmente constitucionais as normas referentes aos registros de obras intelectuais (tais como obras literárias, artísticas e científicas), de acordo com a Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (arts. 19 e 21, combinados com o art. 17 da Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973), procedidos, conforme a natureza das obras, pelo Escritório de Direitos

(22) Historicamente, a etiologia da expressão "registros públicos" não abarca as "juntas comerciais". Com efeito, a Constituição Federal de 1934, em seu art. 5º, XIX, alínea *a*, estabelecia a competência privativa da União para legislar, dentre outros temas, sobre "registros públicos e juntas comerciais". Da mesma forma, estabeleciam o art. 5º, XV, alínea *e*, da Constituição de 1946, e o art. 8º, XVII, alínea *e*, da Constituição de 1967. Por seu turno, a Constituição Federal de 1988 deslocou a competência para legislar sobre "juntas comerciais" da privativa da União (art. 22) para a concorrente da União, Estados e Distrito Federal (art. 24, III). Assim, levando em conta as lições hermenêuticas de Carlos MAXIMILIANO (2002, p. 112-123), conclui-se pela constitucionalidade da Lei 8.934/1994, aplicando-se, como técnica de interpretação, o elemento histórico e a *occasio legis* (complexo de circunstâncias específicas atinentes ao objeto da norma, que constituíram o impulso exterior à emanação do texto; causas mediatas e imediatas, razão política e jurídica, fundamento dos dispositivos, necessidades que levaram a promulgá-los; conjunto de motivos ocasionais que serviram de justificação ou pretexto para regular a hipótese; enfim, o mal que se pretendeu corrigir e o modo pelo qual se projetou remediá-lo, ou, melhor, as relações de fato que o legislador quis organizar juridicamente).

Autorais (em funcionamento desde 1898) da Fundação Biblioteca Nacional, pela Escola Nacional de Música, pela Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro e pelo Instituto Nacional do Cinema, entidades vinculadas ao Ministério da Cultura, bem como pelo Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA. Estes registros permitem o reconhecimento da autoria, especificam direitos morais e patrimoniais, bem como estabelecem prazos de proteção tanto para o titular da obra quanto para os seus sucessores.

2.1.7.3 O registro de contratos com cláusula de alienação fiduciária nos Departamentos de Trânsito

Outra perplexidade surge ao analisarmos o dispositivo normativo contido no § 1º, do art. 1.361, da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o novo Código Civil. Dispõe a mencionada regra, *in verbis*: "Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro".

A lei ordinária em questão, caso não se proceda a uma interpretação conforme a Constituição, induz o exegeta a dispensar, para a execução de certos serviços registrais, a intervenção do Cartório de Títulos e Documentos e determinar a sua substituição pela "repartição competente para o licenciamento" do veículo, ou seja, o Departamento de Trânsito – DETRAN, órgão estatal vinculado às respectivas Secretarias de Segurança Pública ou entidade pública (sob a forma de autarquia, como é o caso do Distrito Federal). Não se pode negar que as atribuições de Registro de Títulos e Documentos, nas quais se encontra o registro de contratos de financiamento com cláusula de alienação fiduciária (independentemente da natureza do bem dado em garantia: se veículo ou não), fazem parte do conteúdo semântico a que se refere o art. 236 da CF de 1988, quando dispõe que os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privado.

Em uma primeira análise, parece-nos que a interpretação tendente a determinar o exercício de atividade eminentemente registral, como é o caso do registro dos referidos instrumentos de propriedade fiduciária,

em caráter público será inconstitucional.[23] Ademais, o art. 236, § 1°, da Constituição, prevê que as atividades de registro serão fiscalizadas pelo Poder Judiciário. A transferência da execução de serviço registral a um órgão ou entidade vinculada ao Poder Executivo (como são os Departamentos de Trânsito) inviabiliza a fiscalização da atividade pelo Judiciário,[24] a não ser que se afronte o princípio da separação de Poderes. Com

(23) Resta, todavia, ponderar se a retirada do registro de contratos de financiamento com cláusula de alienação fiduciária (em que o bem dado em garantia seja um veículo automotor) do âmbito normativo do artigo 236 da CF mostra-se, ou não, razoável. Não alongaremos essa reflexão neste trabalho, a fim de não desviarmos do seu foco de interesse. De qualquer forma, mesmo que se entenda que cabe ao legislador ordinário fixar a intensidade conotativa (sentido) da expressão "serviços notariais e de registro" contida no texto constitucional, e, conseqüentemente, sua expansão denotativa (alcance), não se poderá negar que, como princípio de interpretação constitucional, deve-se prestigiar o imperativo da máxima eficácia da Constituição Federal, bem como partir de uma interpretação da lei conforme a Constituição (e não da Constituição conforme a lei). Assim, se o legislador ordinário definir, como serviços notariais e de registro, atividade não pertencente a essa categoria de serviços, ou então se excluir de seu âmbito normativo, de forma desarrazoada, atividades que constituam espécie desses serviços públicos, estará obrando em patente inconstitucionalidade.

(24) Tratando da competência de o Poder Judiciário fiscalizar as atividades notariais e de registro, a Lei 8.935/1994, dispõe em seus arts. 37 e 38, *in verbis*: "Art. 37. A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro (...) 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." e "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 socioeconômicos, publicados regularmente pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Para o Supremo Tribunal Federal (vide julgamento no RE 255.124-RS, sob a relatoria do Min. Néri da Silveira, acórdão publicado no *DJ* de 08.11.2002), essa fiscalização tem um conteúdo bastante amplo: abrange não apenas os atos notariais e de registro, mas também o funcionamento do serviço (como por

efeito, o Poder Executivo, dotado de independência orgânica, não poderá sofrer ingerência do Poder Judiciário quanto à sua estrutura e funcionamento internos. Cabe consignar que, quando nos referimos à "ingerência quanto ao funcionamento interno", estamos a tratar de fiscalização de natureza administrativa, e não da revisão judicial que, por óbvio, deflagra a competência do Judiciário para apreciar, caso seja provocado, qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito (por força do princípio disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição).

Buscando corrigir o referido vício de inconstitucionalidade, encontram-se, em tramitação, no Congresso Nacional, dois projetos de lei,[25] apresentados pelo Dep. Ricardo Fiúza, em que se pretende determinar que a propriedade fiduciária constitui-se, necessariamente, com o registro do contrato, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos. Quanto aos veículos automotores, necessitará, também, que o gravame da alienação fiduciária seja anotado no certificado de registro e licenciamento do veículo. Releva mencionar que aos DETRAN falece competência para o registro de contratos firmados entre credores fiduciários e devedores fiduciantes, pois, constitucionalmente, "tal atividade deve ser exercida em caráter privado". Assim sendo, pode-se dizer que o novel Código Civil traz, em seu bojo, dispositivo normativo inconstitucional que deverá ser, oportunamente, afastado do mundo jurídico por nossos tribunais ou por mutação legislativa.

Se a intenção era, tão-somente, dispensar o registro, em Cartório de Títulos e Documentos, de contratos de financiamento, com cláusula de alienação fiduciária, em que o bem dado em garantia seja um veículo automotor, o legislador ordinário deveria ter dado outra redação ao dispositivo do Código Civil. Desafortunadamente, a nosso sentir, redigiu norma inconstitucional, pois não poderia ter incumbido tal registro (do contrato) a um órgão ou entidade públicos.

exemplo: valor dos emolumentos cobrados das partes; a verificação da qualidade do serviço e a necessidade de criação ou extinção de serventias; a regularidade das atividades para preservação de eventual responsabilidade do Poder Público delegante por débitos trabalhistas, civis previdenciários e fiscais do titular do serviço delegado).

(25) Cf. PL 6.960 de 2002 e PL 7312 de 2002 (dando nova redação a vários dispositivos da Lei 10.406/2002), ambos apresentados pelo Dep. Ricardo Fiuza, que havia sido o relator do Projeto de novo Código Civil na Câmara dos Deputados.

Vale dizer que o cadastramento da existência do veículo, levado a efeito pelos respectivos DETRAN (e não propriamente o registro do contrato de financiamento que constitui a propriedade fiduciária), é atividade de natureza policial atribuída aos órgãos de trânsito, regida pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997), que caracteriza a responsabilidade do proprietário perante a legislação de trânsito. O Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo – CRLV – não constitui, portanto, documento específico para comprovar a propriedade (uma vez que a transferência de bem móvel dá-se pela tradição), nem para facilitar a localização de documentos (função precípua de um órgão registrador), tampouco para dar certeza quanto à data da inscrição ou extinção do gravame (da alienação fiduciária). Assim, este documento não tem o condão de resguardar direitos contra terceiros.

Na ADIn 2.150/DF, sob a relatoria do Min. Ilmar Galvão, o Supremo Tribunal entendeu constitucional a regra disposta nos arts. 11 e 18 da MP 1.925-5 (que institui a cédula de crédito bancário) – sucessivamente reeditada (sob o n. 2.160) até sua "perenidade" com o advento da EC n. 32/2001 (vigendo até eventual apreciação pelo Congresso) – que assim dispõem, *in verbis*:

"Art. 11. Para a eficácia, em face de terceiros, de garantia pignoratícia ou de alienação fiduciária, será suficiente, no caso de veículos automotores de qualquer espécie, a averbação do ônus no respectivo órgão de trânsito, em que deve ser feito o registro para aquisição ou transferência de direitos."

"Art. 18. A validade e eficácia de Cédula de Crédito Bancário não dependem de registro, mas as garantias reais, por ela constituídas, ficam sujeitas, para valer contra terceiros, aos registros ou averbações previstos na legislação aplicável, com as alterações introduzidas por esta Medida Provisória."

Tais normas foram impugnadas por suposta ofensa aos princípios da publicidade (CF, art. 37, caput) e da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput). Por ocasião do referido julgamento na ADIn 2.150/DF (com liminar indeferida em 23.03.2000 e, no mérito, confirmada decisão pela constitucionalidade das normas impugnadas em 11.09.2002), os argumentos sobre a compulsoriedade da delegação de serviços registrais ao setor privado não foram ventilados com a devida profundidade. É

importante salientar, contudo, que, em seus votos finais de mérito, os Mininistros Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence assinalaram o seguinte, *in verbis*:

Trecho do voto do Min. Ilmar Galvão: "Nenhum dos dois artigos, como visto, excepciona a exigência do registro para constituição de garantia real, pelo contrário, regulam eles a forma como este deve ser realizado, determinando, no caso dos veículos automotores, o órgão competente para tanto. Não há, assim, violação aos princípios a publicidade e da segurança, mas somente uma regulação que visa a garantir a publicidade e a segurança das operações realizadas por meio de cédulas de crédito bancário. O registro dos títulos nos órgãos de trânsito, e não nos serviços delegados de registro de que cuida o art. 236 da CF, em nada compromete a publicidade e a segurança das relações respaldadas por cédulas de crédito bancário, assegurando, o texto constitucional, em seu art. 5º, XXXIV, aos interessados o direito à obtenção de certidões em repartições públicas".

Voto do Min. Sepúlveda Pertence: "Sr. Presidente, o excepcional na Constituição é a atividade de registros públicos ser exercida, conforme o art. 236, em caráter privado, mediante delegação do poder público. Quem pode delegar pode não delegar. Foi o que fez a lei, com relação aos veículos, como deveria ter feito a Constituição, transformando em atividade pública o registro público. Acompanho o eminente relator".

Releva considerar que os dispositivos impugnados da MP 2.160 (hoje já expressamente revoga pelo art. 67 da Lei 10.931/2004), diversamente do que determina o novo Código Civil, dispensam o registro do contrato de alienação fiduciária, entendendo suficiente a publicidade conferida pela anotação do gravame no certificado de licenciamento do veículo. Já o legislador do nosso novo estatuto brasileiro de direito privado não dispensou o registro do contrato, conferindo, antes e ao arrepio da Constituição, competência registrária a um órgão (ou ente) público (DETRAN). Subsiste, por isso, nossa objeção no sentido da inconstitucionalidade do § 1º do art. 1.361 da Lei 10.406/2002, ou então, no mínimo, a necessidade de se proceder a uma interpretação conforme para harmonizar esta regra legal aos dispositivos constitucionais.

Para encerrar o presente item, vale a pena problematizar a constitucionalidade de dispositivos normativos que autorizam particulares a

desempenharem serviços notariais e de registro, sem, no entanto, observar a exigência constitucional do concurso público para o ingresso nas referidas atividades (disposta no § 3° do art. 236). Referimo-nos, por exemplo, ao § 1°, *in fine*, do art. 544, do CPC (Lei 5.869/1973), com redação dada pela Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que confere ao advogado, em recursos de agravo de instrumento, o poder de declarar a autenticidade das cópias das peças processuais que instruem o mencionado recurso.

2.1.7.4 A autenticação de cópias de peças processuais por advogados

Em tese, dispositivos desse jaez deveriam ser considerados inconstitucionais por desrespeitar o comando constitucional que impõe a aprovação em concurso público específico, para o desempenho das atividades delegadas de notas e registro. No caso da referida Lei 10.352/2001, entendemos que inexiste qualquer pecha de inconstitucionalidade, uma vez que a norma, autorizadora da declaração de autenticidade por advogado, restringe tal atribuição ao processo em que atua o causídico.

A nosso sentir, afigura-se adequado e razoável que o advogado, na condição de profissional do direito que exerce função indispensável à Administração da Justiça (em conformidade com o disposto no art. 133 da CF), possa declarar, com sua fé de ofício, que as peças que instruem o recurso por si elaborado são cópias do processo em que vem patrocinando os interesses de uma das partes. Tal norma de cunho instrumental desburocratiza e facilita a tramitação dos processos.[26]

(26) A construção jurisprudencial que, até a entrada em vigor da Lei 10.352/2001, determinava a apresentação de cópias autenticadas na instrução do agravo decorria do dispositivo contido no inciso III, do art. 365, do CPC (Lei 5.869/1973), que, ao tratar da prova documental, determina, *in verbis*: "Art. 365. Fazem a mesma prova que os originais: (...) III – as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais." Ademais, o novo Código Civil (Lei 10.406/2002), dispõe, *in verbis*: "Art. 216. Farão a mesma prova que os originais as certidões textuais de qualquer peça judicial, do protocolo das audiências, ou de outro qualquer livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele, ou sob a sua vigilância, e por ele subscritas, assim como os traslados de autos, quando por outro escrivão consertados."; "Art. 217. Terão a mesma força

2.1.7.5 Os registros de nomes de domínios na internet

No que tange aos registros de domínios de *websites* na internet, entendemos que tais atividades não configuram registros públicos para os efeitos do art. 236 da CF. O registro dos nomes de domínios na internet é atribuição do Comitê Gestor Internet Brasil (criado pela Portaria Interministerial MCT/MC – Ministério da Ciência e Tecnologia e Ministério das Comunicações – 147, de 31 de maio de 1995, vide art. 1°, V).[27] Esse registro é centralizado em apenas um ente registrador (a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP), por delegação do Comitê Gestor, nos termos do art. 1° de sua Resolução 2, de 15 de abril de 1998. Sem entrarmos no aspecto da exigibilidade, ou não (por inviabilidade de competição – Lei 8.666/1993, art. 25), de licitação para a implementação da delegação (CF, art. 175) do serviço público ora referido, entendemos que, a princípio, se mostra constitucional a determinação do Comitê Gestor da Internet Brasil ao atribuir o desempenho de tal atividade à FAPESP.

probante os traslados e as certidões, extraídos por tabelião ou oficial de registro, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas." e "Art. 218. Os traslados e as certidões considerar-se-ão instrumentos públicos, se os originais se houverem produzido em juízo como prova de algum ato." Não se desconhece, ainda, que, por proposta do ex-Dep. Jaques Wagner (atual Ministro de Estado do Trabalho e Emprego), tramita na Câmara dos Deputados o PL 5.258 de 2001, que, ao propor alterações no Código Civil, Código de Processo Civil e Lei de Registros Públicos, pretende, *de lege ferenda*, "vedar, em todo o território nacional, as exigências do reconhecimento de firma e da autenticação ou conferência da reprodução de documentos, para a sua validade".

(27) Dispõe o inciso V do art. 1° da Portaria Interministerial MCT/MC 147/1995, *in verbis*: "Art. 1° Criar o Comitê Gestor INTERNET do Brasil, que terá como atribuições: (...) 5. coordenar a atribuição de endereços IP (INTERNET PROTOCOL) e o registro de nomes de domínios." Por seu turno, determina o *caput* do art. 1° da Resolução 2/1998 do Comitê Gestor Internet do Brasil, *in verbis*: "Art. 1° Delegar competência à FAPESP para realizar as atividades de registro de nomes de domínio, distribuição de endereços IP e sua manutenção na rede eletrônica Internet." Sobre os registros tendentes à proteção do nome comercial (nome empresarial), da marca e de *domínios* na internet, vide Bruno Mattos e SILVA (2001, p. 38-43).

2.1.7.6 A certificação digital e as autoridades certificadoras

Quanto às atividades de certificação digital, estas são exercidas por parte de autoridades certificadoras – AC e autoridades de registro – AR credenciadas e fiscalizadas pela Administração Pública (na pessoa do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI, autarquia federal vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, que é a Autoridade Certificadora Raiz da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira: ICP-Brasil, instituída pela MP 2.200/2001). Tais serviços públicos encerram atividades de autenticação desempenhadas por órgãos e entes estatais e por pessoas jurídicas de direito privado, mediante credenciamento, em face do preenchimento de requisitos estabelecidos em lei (art. 8º da MP 2.200/2001). Nestes casos, considerando o interesse público e a ocorrência de certame público para a concessão dos serviços de certificação digital, não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade no modelo adotado pelo Estado brasileiro.

2.2 A competência estadual para a fixação das atribuições cartorárias e a competência federal para a regulação de registros públicos

Outro tema importante, relativo ao regime jurídico dos cartórios extrajudiciais, é o que diz respeito à competência dos entes da Federação para a determinação e fixação das atribuições das serventias extrajudiciais.

Inicialmente, releva considerar que o inciso XXV, do art. 22, da CF, estabelece que compete privativamente à União legislar sobre registros públicos. Dispõe o § 1º do art. 236 da CF que a lei regulará as atividades dos notários e dos oficiais de registro. Por seu turno, a Lei (federal) 8.935/1994, ao dispor sobre as atribuições dos cartórios,[28] determina, em seu art. 26, que os serviços enumerados no art. 5º do mesmo estatuto legal não são acumuláveis. E mais, dispõe o parágrafo único deste artigo 26 que poderão, contudo, ser acumulados nos Municípios que não

(28) Rememoremos que o art. 5º da Lei 8.935/1994 enumera as atividades cartorárias como sendo as de: notas; protesto de títulos; registro de imóveis; registro de títulos e documentos e civil das pessoas jurídicas; registro civil das pessoas naturais e registro de distribuição.

comportarem, em razão do volume dos serviços ou da receita, a instalação de mais de um dos serviços.

Por seu turno, o art. 44 da referida "Lei dos Cartórios" (ou "Estatuto dos Notários e Registradores") estabelece que, "verificada a absoluta impossibilidade de se prover, através de concurso público, a titularidade de serviço notarial ou de registro, por desinteresse ou inexistência de candidatos, o juízo competente proporá à autoridade competente a extinção do serviço e a anexação de suas atribuições ao serviço da mesma natureza mais próximo ou àquele localizado na sede do respectivo Município ou de Município contíguo". Na mesma lei, o art. 49 determina que, quando da primeira vacância da titularidade de serviço notarial ou de registro, será procedida a desacumulação, nos termos do já referido art. 26.

Já a alínea *b*, do inciso I, do art. 96, da Carta Política de 1988, reza que compete privativamente aos tribunais, no âmbito de suas respectivas unidades da Federação, organizar os serviços auxiliares que lhes forem vinculados.

Diante dos dispositivos normativos supramencionados, impende indagar se os Estados-membros poderiam (por lei estadual ou por provimento da Corregedoria de Justiça[29]) dispor sobre a repartição de atribuição dos cartórios, no âmbito de sua unidade-federada, sem a observância das regras dispostas na Lei 8.935/1994.

O assunto já mereceu a apreciação do Supremo Tribunal Federal. Referimo-nos ao julgamento da medida cautelar na ADIn 2350/GO (sob relatoria do Min. Maurício Corrêa), ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, em face do art. 51 da Lei 13.644, de 12 de julho de 2000, do Estado de Goiás, que determinou, dentre outras medidas, que as serventias de Registro Civil de Pessoas Naturais de Goiás, nas comarcas

[29] Não se discute, nesta etapa, a forma pela qual se deve proceder à acumulação ou desacumulação das atribuições cartorárias, se por lei ou por ato administrativo. Tal análise já foi procedida no tópico 2.1. O foco agora é saber se a Lei Federal 8.935/1994 poderia ter disciplinado hipóteses de não-acumulação ou, então, se uma lei ou provimento estadual pode, desconsiderando os dispositivos da Lei 8.935/1994, determinar que, após a vacância de um dado serviço, não se procederá a desacumulação exigida pelo art. 49 do Estatuto dos Notários e Registradores.

em que constituem serviço isolado e autônomo, passam a acumular também as atribuições do Tabelião de Notas, Tabelião e Oficial de Registro de Contratos Marítimos.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos,[30] indeferiu o pedido de medida cautelar, entendendo constitucional a lei goiana. Vejamos breves trechos dos votos vencedores dos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, respectivamente, *in verbis*:

"A segunda parte alusiva ao fundo, vejo a regência como própria à organização dos cartórios, e não ligada, em si, à atividade. Se posso vislumbrar alguma pecha, considerado o conflito com a carta, é da lei federal, no que teria acabado por adentrar campo pertinente à atividade de cada Estado."

"Entendo, porém, à primeira vista – neste caso sem nenhuma hipocrisia e sem prejuízo de melhor exame no julgamento definitivo – que o caso é antes de organização dos serviços de registro de tabelionato e registro dos Estados do que de disciplina substancial de atividades tabelioas e registrais. Insisto em que o problema me parece similar àqueles em que as atividades jurisdicionais dos juízes são objeto de leis federais de processo; mas, diversamente, estabelecer se um juiz acumulará as questões comerciais e de família, em cada comarca, é matéria típica de organização judiciária, de competência estadual. Por isso, entendo insubsistentes, à primeira vista, os dois tópicos de impugnação."

Daí se depreende que, pelo menos em análise liminar, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a matéria, afeta à cumulação e distribuição de atribuições pelos cartórios, compete aos Estados-membros e ao Distrito Federal, e não, propriamente, à normatização federal, pelo que se pode inferir invasão de competência estadual pelas regras dispostas nos arts. 26, 44 e 49 da Lei Federal 8.935/1994.

Concordamos com este posicionamento por entendermos que a repartição de atribuições cartorárias deve ser fixada por lei local de

[30] Na sessão de julgamento da ADInMC 2350/GO, ocorrida em 07.03.2001, restaram vencidos os ministros Maurício Corrêa (relator), Ellen Gracie e Moreira Alves, estando ausente o Min. Celso de Mello. Os votos vencidos deferiam o pedido da medida cautelar pleiteada, em face da aparente ofensa ao art. 22, XXV, da CF. Cf. Informativo STF 219, no título concernente a "Cartórios e Acumulação de Atribuições".

organização judiciária, de iniciativa privativa dos respectivos Tribunais de Justiça, nos termos da alínea *b*, do inciso I, e alíneas *b* e *d*, do inciso II,[31] ambos do art. 96, combinado com os incisos X e XI, do art. 48, todos da CF. De qualquer forma, segundo demonstraremos no item a seguir, no que concerne aos mecanismos de compensação pela gratuidade do registro civil de nascimento e de óbito, a autorização legal de acumulação de atribuições (seja por lei federal, seja por estadual) pode mostrar-se ofensiva ao dispositivo constitucional que impõe o ingresso nas atividades notariais e registrais, única e exclusivamente, por meio de concurso público (CF, art. 236, § 3º).

Um outro ponto que merece análise, concernente à competência federal ou estadual para a regulação das atividades notariais e registrais, é o fato de a Constituição Federal de 1988 não ter reservado para a União, de maneira explícita, a competência privativa para legislar sobre os serviços notariais. Com efeito, o inciso XXV, do art. 22, de nossa atual Carta Política faz menção apenas aos "registros públicos"; ao passo que a Constituição de 1967, em seu art. 8º, inciso XVII, alínea *e* (com redação dada pela EC n. 7 de 1977), estabelecia que competia à União legislar sobre "registros públicos, juntas comerciais e tabelionatos". Ademais, o § 1º do art. 236 da Constituição de 1988 – diferentemente do que dispõe o § 2º do mesmo artigo (que faz referência a uma "lei federal a estabelecer normas gerais sobre emolumentos") – não determina se a "lei [que] 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" será de competência privativa da União ou concorrente com os Estados.

Tal indefinição de nossa Lei Maior fez com que Antônio Albergaria PEREIRA (1989, p. 50-53) concluísse que cada Estado fosse legislar sobre serviços notariais, dispondo até mesmo sobre os requisitos das escrituras públicas. Sustentava o experiente notário paulista, *in verbis*: "No que tange aos *serviços notariais*, entendemos que cada Estado da

(31) Dispõem as alíneas *b* e *d*, do inciso II, do art. 96 da CF, *in verbis*: "Art. 96. Compete privativamente: II – (...) aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo (...): *b)* a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros (...) dos serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados; (...) *d)* a alteração da organização e da divisão judiciárias".

Federação tem ampliada sua competência para legislar, não só *sobre a forma* da execução como também *sobre a substância* de tais serviços. No tocante à substância dos serviços de registros públicos, a União reservou para si a competência privativa de legislar sobre eles (art. 22, XXV). Já com referência aos *serviços notariais*, que na Constituição anterior a União tinha competência privativa para legislar sobre eles (art. 8º, XVII, letra *e* da Emenda Constitucional n. 7 de 1977) abdica dessa competência na atual, e a conclusão que se impõe é que tal competência foi transferida para os Estados. (...) O Estado, segundo o § 1º do art. 25 ['são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição'], só sofre restrição na sua competência para se organizar, através de sua Constituição e de suas leis, naquilo que lhe for vedado pela Constituição Federal. Não encontramos, na atual Constituição, nenhum dispositivo que proíba cada Estado de legislar sobre assuntos notariais e muito menos no que se refere ao exercício de tais serviços. (...) Nas atividades notariais, até hoje, predominou uma verdadeira anomia. A ausência de preceitos legais nesse assunto é chocante."

Antônio Albergaria PEREIRA fundamenta o tratamento desigual da competência entre serviços notariais e registrais pela dessemelhança de natureza entre essas distintas categorias de atividades. Vejamos as reflexões do ilustre notarialista (Antônio Albergaria PEREIRA, 1989, p. 64-65), *in verbis*: "Os serviços notariais, pela sua natureza e pelo mecanismo e peculiaridades do seu exercício, não são do interesse do Poder Público em exercê-los. Só o particular pode exercê-los bem e com eficiência. Segundo o nosso entendimento, é mais fácil extinguir os serviços notariais do que serem eles exercidos diretamente pelo Poder Público. Já os serviços de registro, civil ou imobiliário, podem ser exercidos pelo Poder Público, notadamente com o desenvolvimento da informática. Tais serviços relacionam-se com a estrutura do Poder Público. A propriedade imobiliária e o elemento sociológico da nação: o povo. Todos os serviços de registros públicos são de interesse direto da nação. A propriedade imobiliária, através do seu cadastramento. O povo, sob estes aspectos: nascimento, casamento e morte. O casamento é um instituto que afeta a família, que é a célula primeira da estrutura social maior: a nação. O Poder Público não os exercendo, mas face ao seu interesse pelos mesmos, subvenciona o particular, quando o cartório não propicie renda suficiente para sua manutenção. A oficialização dos cartórios do

Registro Civil seria até uma medida acolhida pela maioria dos cartorários que exercem suas atividades em caráter privado. A oficialização dos cartórios de registros imobiliários é um assunto que se torna polêmico e nós, com este trabalho, não pretendemos polemizar. Devemos, contudo, registrar esta realidade: os atos que se incluem nos serviços de registros públicos, obrigatoriamente, devem ser praticados pelo particular que deles necessita, numa determinada e exclusiva serventia. O particular que pratica esses atos, pratica-os sob uma forma coativa. Pratica-os, como também paga impostos. O mesmo não ocorre com os atos notariais. Pela sua natureza privada, o interessado tem uma gama imensa de possibilidades de praticá-los onde desejar e pela forma que melhor atenda aos seus interesses".

Quanto às diferenças entre as atribuições de notários e registradores, vale a pena reproduzir breve lição de Ricardo Dip, na obra de NALINI et al. (1998, p. 95), quando assinala, *in verbis*: "É certo que tanto o registro imobiliário, quanto o tabelionato de notas estão destinados à segurança jurídica, mas não do mesmo modo. O notário dirige-se *predominantemente* a realizar a segurança dinâmica [conjunto de medidas jurídicas destinadas a proteger situações em vias de constituição, modificação, ou extinção]; o registrador, a segurança estática [conjunto de medidas jurídicas apropositadas a conservar situações estabelecidas]; o notário, expressando um *dictum* [narração ou representação documental de um *actum*, que consiste na ação documentadora de um fato jurídico *lato sensu*] – i.e., conformando e preconstituindo prova –, é, porém e antes de tudo, um *conselheiro das partes*, cujo *actum* busca exprimir como representação de uma verdade e para a prevenção de litígios; de que segue sua livre eleição pelos contratantes, porque o notário é partícipe da elaboração consensual do direito; diversamente, o registrador não exercita a função prudencial de acautelar o *actum*, mas apenas a de publicar o *dictum*, o que torna despicienda a liberdade de sua escolha pelas partes: o registrador não configura a determinação negocial".

Corroborando, de certa forma, com o entendimento de Antônio Albergaria PEREIRA, pode-se verificar que, na fase de elaboração da Constituição Federal (*ex vi* do contido no Diário da Assembléia Nacional Constituinte do dia 8 de março de 1988, às fls. 8106-7), os constituintes enfrentaram a matéria sob apreço. Trata-se do Requerimento de Destaque 2.128, da lavra do constituinte Mário Covas, para a votação

em separado da expressão "e serviços notariais", contida no texto básico do projeto constituinte e que faria parte do inciso XXV, do art. 22, da CF de 1988 (que trata da competência privativa da União para legislar sobre registros públicos). Por maioria de votos, a referida expressão foi rejeitada e não está contida em nossa Lei Maior.

O líder Mário Covas (PMDB-SP) requereu o destaque para votação em separado, a fim de que o texto constitucional ficasse restrito a "registros públicos" e não figurasse, dentre os temas de competência legiferante privativa da União, a expressão "e serviços notariais". O encaminhamento da votação foi procedido pelo constituinte José Paulo Bisol (PMDB-RS) que argumentou que os serviços notariais têm a ver com organização judiciária. Nossa tradição é de que a União legisla sobre direito material, sobre o direito registrário, mas não sobre os serviços, sobre a disciplina do trabalho. Essa competência é transferida aos Estados, para que a organização dos trabalhos cartoriais atenda às singularidades, às peculiaridades de cada Estado.[32]

(32) O constituinte José Paulo Bisol, no seu encaminhamento favorável à proposição de Mário Covas, asseverou o seguinte, *in verbis*: "Sr. Presidente, Sras. e Srs Constituintes, estamos diante de um problema que pode, *ab initio*, dar idéia de mesquinhez, de insignificância. Na verdade, é relevante, do ponto de vista da inteligência do texto que estamos produzindo e no sentido dos serviços notariais, a respeito dos quais estamos tratando. (...) Em Constituições anteriores, andamos acrescentando, ao lado dos registros públicos, as juntas comerciais. Mas somente em 1977, no período autoritário, é que apareceu a palavra tabelionato. E havia um sentido de luta, porque legislar sobre o direito registrário é legislar sobre matéria. O tema é substantivo, e legislar sobre serviços é legislar sobre disciplina do trabalho. (...) Acontece que temos – desculpem a sinceridade com que vou fazer esta afirmação – um colégio notarial, um colégio registral, isto é, uma corporação nacional que abrange todo o País. Este colégio, enquanto corporação em luta de interesses, está evidentemente preocupado em federalizar, inclusive, a disciplina de trabalho dos cartórios. Isso lhe daria unidade e força capazes de interferir em todo o processo normativo, em todo o processo legislativo sobre cartórios. O mal que advirá daí é incalculável, porque um pequenino cartório, lá no fim do Rio Grande do Sul, no ponto extremo sul do Brasil, o Chuí, para organizar e disciplinar seus serviços dependerá da legislação do Congresso Nacional. Um absurdo. Mais: o sistema de relações dos cartórios supõe, ontologicamente, uma antevisão dos problemas que os cartórios precisam atender. Estes problemas terão de ser levantados pelo Juiz competente, e remetidos ao Congresso Nacional, para que este legisle sobre um assunto que não lhe diz respeito e para o qual não está preparado".

Por seu turno, manifestando-se contrariamente ao proposto por Mário Covas, o constituinte Gastone Righi (PTB-SP) ponderou que, no Brasil, direito civil, herança, transmissão, locação e oneração de bens são matérias de competência da União. Por meio dos atos notariais, é que se praticam os atos jurídicos relativos a direitos reais, direitos sucessórios, emancipações, pactos antenupciais etc.; ou seja, nos termos da lei federal, as escrituras são lavradas em tabelionatos. Gastone Righi argumentou que concordava com o fato de que a expressão "serviço notarial" não era a mais apropriada; mas tal problema poderia ser corrigido com uma emenda de redação, encontrando-se um sinônimo para a palavra. Na verdade, insistiu o constituinte petebista, o que pretende o texto básico – que contém a expressão "e serviços notariais" – é que caiba à União legislar sobre as atividades notariais, sobre a forma dos atos públicos, sobre os documentos públicos, e esses documentos e atos têm de respeitar os mesmos requisitos de norte a sul do Brasil.

Como se pode notar, na Assembléia Nacional Constituinte, tratou-se não propriamente da competência para o estabelecimento dos requisitos de uma escritura pública (que, como sabemos, é de competência da União Federal), mas sim da inconveniência do vocábulo "serviço" (na expressão "e serviços notariais"), uma vez que tal palavra diz respeito às atribuições e operacionalidade do cartório, que devem ser estabelecidas pelos Estados-membros. Nosso entendimento é o de que, nada obstante o debate travado no processo constituinte, pelo fato de uma escritura pública ter validade em todo o território nacional, bem como nos consulados e embaixadas brasileiras no estrangeiro, a competência para fixar seus requisitos, para sua lavratura, deve ser da União Federal, tal como vem ocorrendo.[33]

(33) Muito embora predomine, no ordenamento jurídico brasileiro, lamentável ausência de normas relativas aos atos notariais, com a Emenda 7 de 1977, ficou constitucionalmente determinado que compete à União legislar sobre "tabelionatos". Apenas sob a égide da Constituição de 1967, foi editada lei que dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas. Com efeito, até 1985 (com a publicação da Lei 7.433, de 18 de dezembro), vigiam normas das Ordenações Filipinas de 1603. Hoje, nada obstante o inciso XXV do art. 22 da Constituição de 1988 só mencionar a competência privativa da União para legislar sobre "registros públicos", entende-se que o sentido e alcance desse sintagma nominal englobam a competência da União para legislar sobre "notas e protestos".

2.3 A natureza jurídica dos emolumentos das serventias extrajudiciais não-oficializadas

Os emolumentos percebidos pelos titulares dos cartórios extrajudiciais não-oficializados constituem motivo de grande preocupação não só para a sociedade (que os considera escorchantes), mas também representa, a depender do volume de atos praticados em cada serviço notarial e de registro, motivo de grande assimetria remuneratória dentro da própria classe de notários e registradores. Enquanto há titulares recebendo, pelo desempenho – em caráter privado – de um serviço público, remuneração em demasia, o que gera um falso estigma de que os cartorários constituem "elite de marajás do carimbo",[34] a grande maioria dos titulares desempenha suas atividades percebendo rendimentos modestos.[35]

(34) A falsa referência de que os titulares das serventias não-oficializadas são remunerados de forma excessiva, conjugada com o desconhecimento quanto à efetiva necessidade e importância dos serviços notariais e de registro, tem redundado em Propostas de Emenda Constitucional que visam a estatizar (oficializar) esses serviços. À guisa de exemplos, podemos citar a PEC 292/2000 (de autoria do Dep. Ricardo Ferraço e Outros), as PEC 447/2001 e 529/2002 (ambas de autoria do Dep. João Sampaio e outros), a PEC 25/2001 (de autoria do Sen. Roberto Freire e outros), a PEC 304/2004 (de autoria da Dep. Dra. Clair e outros) e a PEC 374/2005 (de autoria do Dep. Dr. Rosinha e outros). Entendemos não ser a estatização a melhor maneira de otimizar a prestação dos serviços notariais e de registro. Necessita-se, sim, de fiscalização mais séria e a criação de cursos de especialização para a formação de profissionais (tabeliães e registradores) mais capacitados. Não se pode negar, todavia, que procede a objeção de Regnoberto MELO JÚNIOR (1998, p. 252), no sentido de que, via de regra, "os emolumentos são caros e não obedecem a qualquer critério de razoabilidade na relação natureza do serviço prestado pelo notário e a sua remuneração".

(35) Tabosa de ALMEIDA (1989, p. 255) assinala, *in verbis*: "Os cartórios de alta categoria, existentes nas capitais dos Estados e nas principais cidades do País, são em pequeno número, muito poucos diante das centenas e centenas de cartórios modestos e de rendimento inferior." Não se pode negar, também, que os titulares de cartórios não-oficializados não percebem vencimentos fixos dos cofres públicos, mas sim emolumentos pagos pelos interessados nos serviços notariais e de registro. Nos dizeres de Antônio Albergaria PEREIRA (1997, p. 35), os titulares das serventias não-oficializadas "sofrem as agruras e as incertezas das crises econômicas. Seus emolumentos são variáveis, ao

2.3.1 *A natureza tributária: os emolumentos cartorários são considerados taxas*

No que tange à natureza jurídica dos emolumentos cartorários, o Supremo Tribunal Federal, antes mesmo do advento da Lei 10.169, de 29 de dezembro de 2000,[36] pacificou entendimento[37] no sentido de que tais valores têm natureza tributária (enquadrando-se na espécie de taxas

contrário dos magistrados, que são irredutíveis". E, pelo regime imposto com o advento da Lei 8.935/1994 (art. 51), os atuais notários e registradores estão incluídos no regime geral de previdência social. Segundo Sacha Calmon Navarro COÊLHO (1995, p. 65): "As custas e emolumentos se originaram para financiar o aparato judicial e notarial. Foram e são ainda estabelecidas em tabelas, *às vezes insuficientes, às vezes exorbitantes*. E hoje, num acréscimo de segurança e legitimidade, são fixadas em lei pelos representantes do povo. Estima-se um *quantum* pela prestação dos bons serviços das serventias, oficializadas ou não." (Grifo nosso) O Professor COTRIM NETO (1973, p. 132), de sua vez, chama atenção para o fato de que "se um ou outro serventuário ganha demais, isso não resulta senão de deficiência na distribuição dos cargos e dos serviços ou de errônea formulação dos regimentos de custas." No mesmo sentido, Cláudio MARTINS (1978, p. 124-125) nos revela a existência de um "tradicional desequilíbrio remuneratório, ora exteriorizado como liberalidade excessiva e custas astronômicas, outras vezes como paga tão minguada que faz do Cartório uma sub-ocupação".

(36) A Lei 10.169/2000 regula o § 2º, do art. 236, da CF, mediante o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. Estabelecendo o princípio da reserva legal, dispõe o *caput* do art. 2º da referida lei, *in verbis*: "Para a fixação do valor dos emolumentos, a Lei dos Estados e do Distrito Federal levará em conta a natureza pública e o caráter social dos serviços notariais e de registro (...)". No que tange ao princípio da anterioridade, o art. 5º da mencionada lei federal reza, *in verbis*: "Quando for o caso, o valor dos emolumentos poderá sofrer reajuste, publicando-se as respectivas tabelas, até o último dia do ano, observado o princípio da anterioridade".

(37) O posicionamento do STF, no sentido de que as custas e emolumentos judiciais e extrajudiciais têm natureza tributária, pode ser verificado nos seguintes precedentes jurisprudenciais, a saber: Rp 1.094/SP (*RTJ* 141/430); ADInMC 1.926/PE (*DJU* de 10.09.1999); ADInMC 1.378/ES (*DJU* de 30.05.1997); ADInMC 1.444/PR (*DJU* de 29.08.1997 e sessão de julgamento de 12.02.2003 – Informativo STF 297) e ADIn 1.709/MT (Rel. Min. Maurício Corrêa, sessão de julgamento de 10.02.2000 – Informativo STF 177).

remuneratórias de serviços públicos[38]) e devem, portanto, obedecer aos princípios da reserva legal (CF, art. 150, I) e da anterioridade (CF, art. 150, III, *b*), para sua criação e acréscimos.

Considerando a competência tributária concorrente (CF, art. 24, I e IV), verifica-se que, conforme disciplina o art. 2º da Lei 10.169/2000, os serviços notariais e de registro possuem índole estadual (à exceção do Distrito Federal, em que se caracterizam como serviços da União, conforme dispõem o art. 21, XIII, e art. 22, XVII, *in fine*, ambos da CF).[39] Com efeito, o art. 80 do CTN (Lei 5.172/1966) estabelece a competência dos entes federados para instituição e cobrança de taxas.[40]

(38) Dispõe o inciso II, do art. 145, da CF: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I – (...); II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III – (...)"

(39) Segundo norma contida no inciso XIII, do art. 21, da CF, "compete à União: XIII – organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios;". Já, o inciso XVII, do art. 22, estabelece que: "compete privativamente à União legislar sobre: XVII – organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes". De qualquer forma, debate sobre a competência do Distrito Federal para legislar sobre emolumentos cartorários poderá (caso o mérito seja adentrado) vir a ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn 3498 (sob a relatoria da Min. Ellen Gracie). Com efeito, no Distrito Federal, a Lei local 3.595/2005 dispõe, no *caput* de seu art. 4º, *in verbis*: "Lei Distrital fixará os emolumentos pelos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, observadas as normas gerais estabelecidas pela Lei Federal 10.169, de 29 de dezembro de 2000". Por seu turno, os arts. 1º e 8º da referida Lei 10.169/2000 determinam, nos respectivos caputs, *in verbis*: "Art. 1º. Os Estados e o *Distrito Federal fixarão* o valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro, observadas as normas desta Lei" e "Art. 8º. Os Estados e o *Distrito Federal, no âmbito de sua competência*, respeitado o prazo estabelecido no art. 9º desta Lei, *estabelecerão* forma de compensação aos registradores civis das pessoas naturais pelos atos gratuitos, por eles praticados, conforme estabelecido em lei federal". (Grifou-se.)

(40) Dispõe o referido art. 80 do CTN, *in verbis*: "Para efeito de instituição e cobrança de taxas, consideram-se compreendidas no âmbito das atribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios aquelas que, segundo a Constituição Federal, as Constituições dos Estados, as Leis Orgânicas

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal que, na ADIn 865/MA, sob a relatoria do Min. Celso de Mello, assentou o entendimento de que "a ausência de lei nacional (...) não impede o Estado-membro, sob pena da paralisação dos seus serviços notariais e registrais, de dispor sobre a execução dessas atividades, que se inserem, por sua natureza mesma, na esfera de competência autônoma dessa unidade federada. A criação, o provimento e a instalação das Serventias extrajudiciais pelos Estados-membros não implicam usurpação da matéria reservada à lei nacional pelo art. 236 da Carta Federal".

No que tange ao aspecto de os emolumentos serem taxas remuneratórias de serviços públicos, e não, propriamente, decorrentes do poder de polícia, impende mencionar breve trecho da lição do professor Sacha Calmon Navarro COÊLHO (1995, p. 52 e 66), *in verbis*: "A divisão entre taxas de serviços e taxas de polícia apresenta, ainda, serventia, no encaminhamento de questão assaz importante, a da distinção entre *taxa* e *preço*. Isto porque somente a taxa pela prestação de serviços públicos específicos e divisíveis confronta os preços. Os atos do poder de polícia, *exceto os do tabelionato*, jamais poderiam ser exercidos por particulares. Só o Poder Público é titular do poder de polícia, indelegável e incompossível com a concessão de serviço público." (Grifou-se.)

Nada obstante a passagem de ensinamento do ilustre tributarista mineiro sugerir que os emolumentos cartorários possam derivar da remuneração de atos do poder de polícia, entendemos que os serviços notariais e de registro não constituem exercício do dito poder administrativo; configurando, sim, a remuneração (por emolumentos) "taxas de serviços", mas não propriamente "taxas de polícia". Muito embora o Estado é quem crie exigências cartorárias, para a satisfação da forma de certos atos jurídicos, a atuação de notário ou registrador, em nome da segurança jurídica, nem sempre é compulsória, bem como a escolha do tabelião de notas (suposto "agente policial") é de livre escolha (conforme estabelece o art. 8º da Lei 8.935/1994). Com efeito, quando o particular solicita, por exemplo, o registro de um poema, para mera conservação (nos termos do inciso VII, do art. 127, da Lei 6.015/1973), no

do Distrito Federal e dos Municípios e a legislação com elas compatível, competem a cada uma dessas pessoas de direito público".

cartório de títulos e documentos, a atuação do registrador não terá como fundamento o interesse público, caracterizador da atividade "policial".[41]

O posicionamento jurisprudencial, no sentido de que os emolumentos têm natureza de taxa, decorre do fato de que conferir fé pública a atos e documentos, certificar a legitimidade de situações, possibilitar o exercício de direitos subjetivos privados etc. constituem serviços públicos específicos, permitindo identificar o vínculo tributário entre contribuinte e entidade estatal (podendo ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública), bem como divisíveis, uma vez que pode ser individualizada sua utilização pelas pessoas vinculadas ao dever de custeá-los. Ademais, a compulsoriedade da utilização e do pagamento dos emolumentos é inarredável porque consubstancia, por imperativo legal, o único caminho para a satisfação de certas solenidades.[42] Acresce que a remuneração percebida em razão do desempenho de "serviço eminentemente público" é taxa e não preço público (tarifa).[43]

(41) Segundo disposto no art. 78 do CTN (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966): "Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direito individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder".

(42) Neste ponto, cumpre-nos empreender a objeção de que, *nem sempre, os atos praticados por notários e registradores são compulsórios ao cidadão.* Citamos, como exemplo de ato notarial não compulsório, mas bastante comum, a escritura pública de reconhecimento de paternidade de filhos havidos fora do casamento. Como se sabe, o inciso II, do art. 1º, da Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992, é expresso ao permitir que o reconhecimento de paternidade se faça por escritura pública ou escrito particular. Outro exemplo de ato registral não compulsório, mas igualmente bastante comum, é o registro de documentos no Registro de Títulos e Documentos para a sua conservação, nos termos do inciso VII, do art. 127, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73).

(43) O Supremo Tribunal Federal, em 1979/1981, na Representação 997, examinou a questão (*RTJ* 100/976-987) e, pelo voto do Min. Moreira Alves, assentou o

2.3.2 Os problemas advindos da categorização de emolumentos como taxas

2.3.2.1 Destinação de taxas a entes privados

Desse entendimento exsurgem os seguintes problemas. Primeiramente, considerando que os serviços notariais e de registro são exercidos, via de regra (com exceção da hipótese prevista no art. 32 do ADCT), em caráter privado, indaga-se: como compatibilizar a natureza pública de tributo (taxa) que os emolumentos possuem com a vinculação do produto integral de sua arrecadação a uma pessoa física (que exerce sua atividade em caráter privado), que é o tabelião ou oficial de registro?

Com efeito, o art. 28 da Lei 8.935/1994 é por demais claro ao estabelecer "a percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia", como direito subjetivo dos notários e registradores. Além disso, reza o parágrafo único do art. 1º da Lei 10.169/2000 que o valor fixado para os emolumentos deve, além de representar o efetivo custo, corresponder à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados. Em contrapartida, conforme dispõe o art. 7º do CTN (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966), "a competência tributária [pertencente a entidades de direito público interno] é indelegável, salvo atribuição de arrecadar ou fiscalizar tributos (...)".

Ora, apenas para o Estado é que se tributa (e não para particulares ou pessoas com natureza privada). Em nosso sistema jurídico, não se admite tributo privado.[44] Não é permitido a um governo criar tributo e

seguinte entendimento, *in verbis*: "As custas devidas [aos serventuários] o são pela contraprestação do serviço público que o Estado, por intermédio deles, presta aos particulares que necessitam dos serviços públicos essenciais prestados pelo foro judicial e extrajudicial. (p. 986)". Segundo dispõe o Enunciado 545, de 03.12.1969, das Súmulas do Supremo Tribunal Federal, "preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu".

(44) Conforme se pode depreender do voto do Min. Celso de Mello, relator da ADIn 1.378/ES, quando menciona os ensinamentos do Min. Alfredo Buzaid na Rp. 1.139/BA, o princípio de que só se tributa para o Estado está implícito na Constituição. "Não havia, aliás, necessidade de deixar expressa essa destinação exclusiva, porque, historicamente, nunca foi de outro modo, desde que a

cedê-lo a uma instituição privada, que o poderia cobrar diretamente no próprio benefício. Nos dizeres de Aliomar BALEEIRO, "seria o maior dos contra-sensos supor que a Constituição, por um lado, garante a igualdade de todos os indivíduos perante a lei e assegura a propriedade, mas, por outro, autoriza que o dinheiro de uma pessoa possa ser cobrado por outra, no interesse desta, sob a égide do poder de tributar".[45] Diante desse argumento, não nos parece tecnicamente correta a inclusão dos emolumentos cartorários como espécie estrita de tributo (taxa). Não negamos, contudo, que, conforme demonstraremos, por força da Lei 10.169/2000, a obediência a certos princípios publicísticos (como o da anterioridade e reserva legal) caracterizam, também, o regime jurídico dos emolumentos remuneratórios dos atos praticados por tabeliães e registradores não-oficializados.

O professor Sacha Calmon Navarro COÊLHO (1995, p.67-68), tentando superar a dificuldade ora levantada, ao tecer parecer sobre a legalidade da destinação da receita havida pela cobrança de custas judiciais (taxas) às caixas de assistência dos advogados, preleciona doutrina não-agasalhada pelo Supremo Tribunal Federal,[46] no sentido de que, para

Igreja perdeu a competência tributária dos tempos coloniais, quando associada outrora à Coroa portuguesa. Os tributos são reservados exclusivamente para fins públicos."

(45) Trecho do voto do Min. Celso de Mello, na ADIn 1.378/ES, em que reproduz o escólio do Professor Aliomar BALEEIRO (*Limitações constitucionais ao poder de tributar*, p. 258/262, 5. ed., Forense).

(46) O Supremo Tribunal Federal, por repetidas vezes (v.g.: ADIn 1145/PB, Rel. Min. Carlos Velloso, e ADIn 1378/ES, Rel. Min. Celso de Mello), teve oportunidade de firmar o posicionamento de que é inconstitucional a lei que destina produto da arrecadação de taxas, ou de parte deste, a instituições privadas, entidades de classe e Caixa de Assistência dos Advogados. Segundo o entendimento de nossa Corte Suprema, permitir tal destinação importaria ofensa ao princípio da igualdade. Nos termos da ementa da ADIn 1378/ES, "nada pode justificar seja o produto da arrecadação de taxas afetado ao custeio de serviços públicos diversos daqueles a cuja remuneração tais valores se destinam especificamente (pois, nessa hipótese, a função constitucional da taxa – que é tributo vinculado – restaria descaracterizada) ou, então, à satisfação das necessidades financeiras ou à realização dos objetivos sociais de entidades meramente privadas. É que, em tal situação, subverter-se-ia a própria finalidade institucional do tributo, sem se mencionar o fato de que esse privilegiado (e inaceitável) tratamento dispensado a simples instituições particulares

a caracterização jurídica da taxa, seria irrelevante o destino da sua arrecadação e, por isso, nada impediria que o legislador destinasse a outros fins o produto arrecadado por meio de taxas. Vejamos a lição do professor mineiro, *in verbis*: "O Estado não está obrigado a aplicar, apenas no setor público que a gerou, o produto da arrecadação da taxa e, desde que a lei permita, poderá direcioná-lo até mesmo para pessoas (tabeliães) ou instituições com o fito de cooperar com os esforços previdenciários e assistenciais da sociedade".

2.3.2.2 *Taxas* versus *tarifas*

O fato é que, levando-se em conta o entendimento jurisprudencial firmado na ADInMC 2.415/SP, no sentido de que os serviços notariais e de registro equiparam-se a serviços prestados sob o regime de concessão, tais como o de transporte coletivo ou o de energia elétrica, que independem de lei e que são concedidos por licitação (ou concurso público, no caso de outorga da delegação para cartórios extrajudiciais), poder-se-ia afirmar que, *de lege ferenda*, o regime remuneratório deveria ser o de tarifa ou preço público, tal como disposto nos arts. 173 e 175, parágrafo único, III, da CF. Assim, utilizar-se-ia o mesmo critério de remuneração dos demais concessionários de serviços públicos e oportunizar-se-ia, por ato administrativo, a revisão das tabelas de emolumentos, mantendo-se o equilíbrio econômico-financeiro, nos termos do art. 9º da Lei 8.987/1995.[47]

(Associação de Magistrados e Caixa de Assistência dos Advogados) importaria em evidente transgressão estatal ao postulado constitucional da igualdade".

(47) Dispõe o art. 9º da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, *in verbis*: "A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. § 1º. A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário. § 2º. Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. § 3º. Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso. § 4º. Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial

Se, por um lado, a aplicação do regime tributário empresta legitimidade e prestigia o princípio da não-surpresa na instituição e majoração dos emolumentos; em contrapartida, não oportuniza solução rápida contra a inviabilidade financeira de serventias deficitárias. Caso se utilizasse o regime tarifário, ganhar-se-ia elasticidade e imediatidade na fixação, reajuste e revisão dos preços públicos, liberando, assim, os emolumentos da incidência das regras constitucionais de contenção ao poder de tributar.

Não se pode negar que há grande indefinição doutrinária quanto à diferença entre o regime de taxa e tarifa. O professor Antônio Carlos Cintra do AMARAL (1996, p. 19-20) preleciona que "o serviço público, quando prestado diretamente pelo Poder Público, é remunerado pelo usuário, efetivo ou potencial, mediante *taxa*. (...) Quando o serviço é prestado indiretamente pelo Poder Público ao usuário, mediante concessão, é por este remunerado mediante *tarifa*. Esta é paga pelo usuário diretamente à concessionária, pela prestação *efetiva* do serviço". Percebemos que, por esse critério, considerando que os serviços notariais e de registro não são exercidos, diretamente, pelo Estado, a sua remuneração deveria ser por tarifa (preço público).

Para Diógenes GASPARINI (2001, p. 268), os serviços públicos são remunerados por taxa ou tarifa. São remunerados por taxa sempre que sua utilização pelo administrado for obrigatória, não importando, neste caso, se há, ou não, efetiva utilização. Por tarifa ou preço público, são remunerados os serviços públicos facultativos, ou seja, os oferecidos aos utentes para que estes os utilizem, se e quando desejarem. De sorte que não pode a entidade estatal, titular do serviço, escolher para correspondente remuneração a taxa ou a tarifa. Aquela está adstrita aos serviços compulsórios; esta, aos facultativos. Neste ponto, vale repisar o fato já assinalado anteriormente, na nota de rodapé 42 deste Capítulo 2, no sentido de que, nem sempre, os atos praticados por notários e registradores são compulsórios ao cidadão. Assim sendo, a lição do eminente Professor Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo não se reveste, para os específicos objetivos desse trabalho, de

equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente com a alteração".

suficiente utilidade; porém, indicia a existência de um regime especial a que se submetem os emolumentos cartorários.

O professor Sacha Calmon Navarro COÊLHO (1995, p. 52-53) assinala que a realidade está em que os serviços públicos de utilidades, específicos e divisíveis, podem ser remunerados por tarifas (regime contratual) ou por taxas (regime de direito público). O dilema resolve-se pela opção do legislador. No que tange aos serviços notariais e de registro, não há dúvidas de que o regime legal imposto é de taxa *sui generis*, exigindo-se respeito aos princípios da legalidade e da anterioridade, destinando-se, contudo, a integralidade de arrecadação a pessoas físicas que exercem a atividade em caráter privado. As vantagens e as desvantagens da utilização do regime tributário (que dá legitimidade e prestigia a não-surpresa, mas que, em contrapartida, não oportuniza solução rápida para problemas de inviabilidade econômica de serventias deficitárias) já foram demonstradas anteriormente.

Assim sendo, mal ou bem, como já frisamos, *legem habemus*. A Lei 10.169/2000 determina a necessidade de obediência à reserva legal e à anterioridade. Por conveniência legislativa, aplica-se a notários e registradores o regime publicista (tributário) na fixação dos emolumentos pagos a profissionais do direito (nos termos do art. 3º da Lei 8.935/1994) que desempenham suas atribuições (serviços públicos notariais e de registro) em caráter privado.

2.3.2.3 A relação jurídica (extra)contratual entre o delegatário e os usuários dos serviços notariais e de registro

Neste ponto, cumpre, também, mesmo que brevemente, analisar a natureza da relação jurídica travada entre o tabelião, ou registrador, e o usuário dos serviços notariais e de registro. Impende determinar se a relação é contratual (negocial) ou decorre diretamente da lei. Tal distinção se justifica, para que se possa identificar o tipo de remuneração utilizada para pagar determinado serviço, uma vez que, como sabido, a taxa, em tese, não tem por base um contrato, seja de direito privado, seja de direito público. Nos dizeres do tributarista Aliomar BALEEIRO (2000, p. 545), a taxa, "como todo tributo, é obrigação *ex lege*. Cabe quando os serviços recebidos pelo contribuinte resultam de função específica do

Estado, ato de autoridade, que por sua natureza repugna ao desempenho do particular e não pode ser objeto de concessão a este".

Considerando que os emolumentos (contraprestação paga pela execução dos serviços notariais e de registro) têm, como quer o Supremo Tribunal Federal, natureza tributária, infere-se que a relação jurídica entre os titulares dos cartórios e os usuários dos mencionados serviços decorre diretamente da lei, pelo que, em tese, qualquer responsabilidade daí decorrente será aquiliana (extracontratual).

De pronto, nota-se a estreita relação entre a natureza jurídica dos emolumentos cartorários e a característica extracontratual da responsabilidade civil dos tabeliães e registradores.[48] Todavia, indaga-se: será mesmo certo afirmar que não há relação contratual entre os usuários e os prestadores dos serviços notariais e de registro? Analisaremos este problema, no final do presente capítulo, quando tratarmos das espécies de responsabilidade contratual e extracontratual. Antecipamos, porém, a seguinte reflexão.

Na ADInMC 1556/PE,[49] o Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, entendeu inconstitucional a interpretação do § 4º do art. 26 da Lei pernambucana 11.404, de 19.12.1996,[50] para, sem redução do texto,

(48) Quanto ao tema dos riscos assumidos por um delegado de serviço notarial ou de registro, não se pode negar, tal como mencionam AZEVEDO e ALENCAR (1998, p. 40), que a responsabilidade de um prestador de serviços públicos está intimamente vinculada à possibilidade de revisão da "verba que remunera as atividades desempenhadas". Assim sendo, mais uma vez, verificamos as implicações decorrentes do regime dos emolumentos cartorários na responsabilidade dos tabeliães e registradores, a qual será objeto de nossa análise mais detida no terceiro capítulo do presente trabalho. À proporção que diminui a possibilidade de revisão dos emolumentos diminuem os riscos que devem ser suportados pelos notários e registradores, aplicando-se-lhes o critério subjetivo para a aferição da responsabilidade.

(49) ADInMC 1556/PE, Rel. Min. MOREIRA ALVES, acórdão publicado no *DJ* de 22.08.1997.

(50) Lei do Estado de Pernambuco 11.404, art. 26: "(...) § 4º – Os recursos arrecadados e provenientes das taxas, custas judiciais e emolumentos, classificados em contas próprias, devem exclusivamente ser aplicados ou utilizados em despesa de capital e investimentos, bem como em treinamento de pessoal, conservação, reforma e aquisição de bens móveis e imóveis dos Órgãos do Poder Judiciário, vedada a sua destinação a outras despesas correntes, inclusive gastos com pessoal."

excluir sua aplicação no tocante aos emolumentos destinados aos titulares dos serviços notariais e de registro. O argumento utilizado pelo relator, Min. Moreira Alves, para conhecer da referida ação direta foi o de que, "tendo em vista que, sendo possível a livre escolha de tabeliães de notas, pelos interessados, o aumento do custo desse serviço [no Estado de Pernambuco] pode dar margem à evasão fiscal legítima para outros Estados, em detrimento dos notários do Estado de Pernambuco". Com efeito, dispõe o art. 8º da Lei 8.935/1994, *in verbis*: "É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio".

A possibilidade da mencionada "livre escolha de tabeliães de notas" não estaria a sugerir um certo vínculo negocial entre tabelião e interessado pelo serviço? Entendemos, a princípio, que não; afinal, o tabelião não tem autonomia para se recusar a praticar ato notarial solicitado pelo interessado, deve ser imparcial bem como se submete a um regime especial de remuneração (emolumentos fixados por lei, com obediência ao princípio da anterioridade).

Com efeito, caso o conteúdo do ato solicitado seja ilegal, cumprirá ao registrador ou notário declinar as exigências a serem satisfeitas para a lavratura ou registro do ato. Não se conformando o interessado, o oficial deverá suscitar dúvida ao juízo competente, nos termos dos arts. 198 a 204 e 296, todos da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973).[51] Aliás,

[51] No que tange ao cabimento de dúvida suscitada pelo tabelião de notas e de protesto, não há consenso. Há julgados que restringem a possibilidade de suscitação de dúvida ao dissenso entre registrador e o particular, a respeito de ato registrário em sentido estrito (vide TJSP, Apelação Cível 29.951-0, Rel. Des. Márcio Bonilha, acórdão publicado no *DJ* de 12.02.1996). Entendemos, todavia, cabível sim a suscitação de dúvida por parte do tabelião, por dissenso quanto a ato notarial (por exemplo: a legalidade ou abusividade de uma dada cláusula de escritura de compra e venda; a natureza executória ou não de um título levado a protesto). Com efeito, o notário, como agente delegado de um serviço público, não pode se negar a prestar, com qualidade e eficiência (*ex vi* do art. 4º da Lei 8.935/1994), o múnus de que está incumbido. O tabelião é um operador jurídico que deve conhecer a doutrina e o direito vigente e não pode se recusar a praticar determinado ato (requerido por interessados) alegando sua ignorância. Neste mesmo sentido, cf. SEGOVIA (1997, p. 141) e Alessandro SCILABRA (1999, p. 1072). Dispõe o inciso XIII do art. 30 da Lei 8.935/1994 que é dever dos notários e registradores "encaminhar ao juízo

tal como preleciona o Min. Octávio Gallotti, em seu voto relator do RE 178.236/RJ, "não é de clientela – a relação entre o serventuário e o particular – (...) mas informada pelo caráter de autoridade, revestida pelo Estado de fé pública. Nem é de livre escolha a suposta freguesia, mas sempre cativa nos cartórios de registro e, freqüentemente, no de notas".

2.3.2.4 A existência de relação de consumo no desempenho das atividades notariais e de registro

Tal reflexão revela outro imbróglio. Pode-se dizer que há relação de consumo entre o titular do cartório não-oficializado e o usuário dos serviços notariais e de registro? Poderá existir relação de consumo quando a forma de remuneração pela prestação de serviço se der sob o regime

competente as dúvidas levantadas pelos interessados, obedecida a sistemática processual fixada pela legislação respectiva". Ademais, conforme leciona o Professor José Renato NALINI (1991, p. 24), uma das hipóteses de responsabilidade do tabelião "são os danos emergentes de sua negativa a prestar serviço, quando infundada". Não concordamos com a tese de que esteja ao alvedrio do notário decidir se pratica ou não determinado ato notarial revestido de legalidade. Caso o tabelião tenha, no seu plexo de atribuições, recebido do Poder Público delegação para praticar, por exemplo, autenticações, reconhecimentos de firma e lavratura de escrituras públicas, caso a parte insista em que o referido tabelião preste tal serviço público de sua competência, o notário não terá alternativa: ou pratica o ato (desde que o requerido se enquadre nas exigências normativas); ou suscita dúvida notarial ao juízo competente (caso o usuário, não satisfazendo as exigências declinadas pelo tabelião, insista em que se pratique ato que não se harmonize aos ditames legais). O notário e o registrador não têm o poder de declarar, de forma terminativa, se um ato é ou não registrável ou suscetível de lavratura. Caso o notário se recuse a executar serviço de seu ofício, estará praticando ato ilegal o qual poderá ser atacado por meio de mandado de segurança a ser impetrado, a depender da Lei de Organização Judiciária, perante o juízo cível (que é o caso do Distrito Federal). A propósito, o Provimento-Geral da Corregedoria de Justiça do TJDFT, publicado no *DJ* de 4 de abril de 2002, explicitando a vontade legal, autoriza a suscitação de dúvida notarial, ao dispor no seu art. 329, *in verbis*: "Art. 329. As dúvidas do Tabelião de Protesto serão resolvidas pelo Juízo da Vara de Registro Públicos. § 1°. Se a parte não se conformar com a exigência do Tabelião ou não puder satisfazer, a dúvida, a seu requerimento, será remetida ao Juízo para dirimi-la. § 2°. Adotadas as providências constantes do *caput* e do § 1°, o Tabelião fornecerá cópia ao interessado, para que este faça o acompanhamento pertinente."

tributário de taxa, ou seja, independentemente de um "contrato de consumo" subjacente?

O doutrinador Ronaldo Porto MACEDO JÚNIOR (2001, p. 78-82) preleciona que, considerando os estudiosos que enfrentaram os problemas relativos à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei 8.078/1990) em face da prestação de serviços públicos, há, basicamente, três posicionamentos a esse respeito.

Há quem sustente (encontrando-se, nesta linha de pensamento, o professor Antônio Herman Benjamin) uma "interpretação extensiva" ao art. 22 do CDC,[52] defendendo que este dispositivo normativo aplica-se a todo e qualquer serviço público, tanto aos *uti universi* (destinados à generalidade das pessoas), quanto aos *uti singuli* (fornecidos aos que estiverem interessados, mediante o pagamento direto do administrado, para o seu próprio benefício).

Em uma segunda posição, com a qual somos mais simpáticos,[53] encontram-se autores, tais como o Professor Roberto Senise LISBOA (2001, p. 185-192) e a Professora Regina Helena COSTA (1997, p. 101-103), defensores da chamada "interpretação extensiva mitigada". Tal corrente sustenta que, para que exista relação de consumo, faz-se necessário que a prestação do serviço seja remunerada, conforme determina o

(52) Assim reza o mencionado art. 22 do CDC, *in verbis*: "Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código."

(53) Entendemos que o vínculo jurídico entre o "fornecedor de serviços notariais e de registro" e o usuário (destinatário final) de tais serviços configura, sim, relação de consumo. Por mais que a fé pública imprimida aos atos e documentos expedidos, pelo tabelião ou registrador, seja voltada a produzir prova e efeitos contra terceiros, garantindo publicidade, autenticidade, segurança e eficácia de atos jurídicos, não se pode negar que o interessado pelos serviços cartoriais apresenta-se como autêntico destinatário final, para os fins do art. 2º da Lei 8.078/1990 ("Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.").

§ 2º do art. 3º do CDC.[54] Assim sendo, o serviço público e gratuito não se enquadraria no âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, a Administração Pública, direta ou indireta, deve se submeter às normas do Código de Defesa do Consumidor sempre que fornecer um serviço público específico e *uti singuli* (divisível), mediante pagamento (por taxa ou tarifa) diretamente efetuado pelo consumidor a título de prestação correspondente.

Temos, ainda, a terceira posição, defendida por José Geraldo Brito Filomeno, um dos autores que elaboraram o anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor. Para esta corrente, que propõe uma interpretação restritiva do mencionado art. 22 do CDC, são objetos de tutela do Estatuto das Relações de Consumo apenas os serviços prestados, direta ou indiretamente, com fornecidos *uti singuli* e remunerados por meio de tarifa (ou preço público).[55]

Cumpre salientar, tal como adverte MACEDO JÚNIOR (2001, p. 82), que o ponto relevante na divergência entre "extensivistas" e "restritivistas" refere-se aos riscos e vantagens de cada uma das posições. Uma corrente que estenda demais o âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor pode pecar pelo risco da redução do caráter protetivo

(54) Nos termos do § 2º, do art. 3º, do CDC, *in verbis*: "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."

(55) Parece que MACEDO JÚNIOR (2001, p. 82) adere à corrente restritiva do Professor José Geraldo Brito Filomeno, entendendo que apenas os serviços públicos remunerados diretamente por tarifa é que devem se submeter ao microssistema de defesa do consumidor. Senão vejamos, *in verbis*: "A conveniência [da posição restritiva] é que, ao se restringir o Código ao âmbito das relações jurídicas remuneradas mediante tarifa ou preço público, estamos no âmbito de relações jurídicas de direito privado, ao passo que se entendemos que a remuneração pode ser feita mediante taxa (como quer Regina Helena), já ingressamos no âmbito do direito público e saímos do âmbito de uma relação contratual de consumo. (...) Entender que a taxa se constitui em mecanismo remuneratório das relações de consumo protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor remete-nos à necessidade de compatibilizar a principiologia do direito público (tributário) com o regime de proteção do consumidor, pensando, em tese, como um regime híbrido de direito social transformado a partir do direito privado".

do Estatuto do Consumidor. Com efeito, levando-se em conta que as normas do Código de Defesa do Consumidor não se demonstram adequadas a regular relações jurídicas estranhas ao "mercado de consumo", a interpretação criadora e integradora pode se ver tentada a mitigar os princípios do Código em prejuízo do consumidor.

2.3.3 A constitucionalidade de leis que estabelecem gratuidade ou redução de emolumentos cartorários

Ainda dentro do tema concernente à natureza jurídica dos emolumentos, não há como deixar de mencionar o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade de leis que estabelecem gratuidade e reduções de emolumentos para a prática de determinados atos cartorários.

Inicialmente, releva considerar que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVI e LXXVII, dispõe, respectivamente, que "são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: *a)* o registro civil de nascimento; *b)* a certidão de óbito", bem como que "são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania".[56] Ademais, estabelece o art. 226 e seu § 1º,

[56] É de se ressaltar que a Lei 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, que regulamenta o inciso LXXVII do art. 5º da CF, dispondo sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, até o advento da Lei 9.534, de 10 de dezembro de 1997, não incluía, no rol daqueles atos, "o registro civil de nascimento e o assento de óbito, bem como a primeira certidão respectiva". Vejamos a redação originária do art. 1º da referida Lei 9.265/1996, *in verbis*: "São gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania, assim considerados: I – os que capacitam o cidadão ao exercício da soberania popular, a que se reporta o art. 14 da Constituição [alistamento eleitoral]; II – aqueles referentes ao alistamento militar; III – os pedidos de informações ao poder público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública; IV – as ações de impugnação de mandato eletivo por abuso do poder econômico, corrupção ou fraude; V – quaisquer requerimentos ou petições que visem às garantias individuais e à defesa do interesse público". Agora, a partir da Lei 9534/1997, por seu art. 3º, temos mais um ato no referido rol, a saber, *in verbis*: "Lei 9265/1996, art. 1º, inciso VI – o registro civil de nascimento e o assento de óbito, bem como a primeira certidão respectiva".

da CF que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1° O casamento é civil e gratuita a celebração". Passamos, agora, a dedicar breve referência a exemplos de normas que estabelecem a gratuidade ou redução de atos registrais e notariais sem, no entanto, prescrever qualquer forma de compensação ou indenização ao registrador ou tabelião.

A Lei 9.534, de 10 de dezembro de 1997, alterando o art. 30 da Lei 6015/1973 (Lei de Registros Públicos), determina que "não serão cobrados emolumentos pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbito, bem como pela primeira certidão respectiva. § 1° Os reconhecidamente pobres estão isentos de pagamento de emolumentos pelas demais certidões extraídas pelo cartório de registro civil".[57]

Desde a edição do Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965), ainda em vigor, o *caput* do art. 47 vem dispondo que "as certidões de nascimento ou casamento, quando destinadas ao alistamento eleitoral, serão fornecidas gratuitamente, segundo a ordem dos pedidos apresentados em cartório pelos alistandos ou delegados de partido".[58]

(57) A antiga norma do *caput*, do art. 30 da Lei 6015/1973 (com redação determinada pela Lei 7.844, de 18 de outubro de 1989) dispunha regra harmônica com o inciso LXXVI, do art. 5°, da CF, estabelecendo que apenas "das pessoas reconhecidamente pobres não serão cobrados emolumentos pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbitos e respectivas certidões". Anteriormente à Lei 7.844/1989, vigia a seguinte redação "Art. 30. Das pessoas comprovadamente pobres, à vista de atestado da autoridade competente, não será cobrado emolumento pelo registro civil e respectiva certidão."

(58) Vale dizer que, com o advento da Lei 4.961, de 4 de maio de 1966, acrescentando três parágrafos ao art. 47 do Código Eleitoral, e da Lei 6.018, de 2 de janeiro de 1974, acrescentando novo parágrafo primeiro ao mesmo art. 47, bem como renumerando os três anteriormente criados, a redação hoje vigente dos quatro parágrafos do art. 47 da Lei 4.737/65 é a seguinte, *in verbis*: "Art. 47. **§1°** Os cartórios de Registro Civil farão, ainda, gratuitamente, o registro de nascimento visando ao fornecimento de certidão aos alistandos, desde que provem carência de recursos, ou aos Delegados de Partido, para fins eleitorais. **§ 2°** Em cada Cartório de Registro Civil haverá um livro especial aberto e rubricado pelo Juiz Eleitoral, onde o cidadão ou o delegado de partido deixará expresso o pedido de certidão para fins eleitorais, datando-o. **§ 3°** O escrivão, dentro de quinze dias da data do pedido, concederá a certidão, ou justificará, perante o Juiz Eleitoral por que deixa de fazê-lo. **§ 4°** A infração ao disposto neste artigo sujeitará o escrivão às penas do Art. 293."

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu art. 102 e respectivos parágrafos, estabelece que, tratando-se de menores em situação de risco social, o Estado deverá providenciar, dentre outras medidas cabíveis, a abertura e a regularização do registro civil, *in verbis*: "Verificada a inexistência de registro anterior, o assento de nascimento da criança ou adolescente será feito à vista dos elementos disponíveis, mediante requisição da autoridade judiciária. Os registros e certidões necessárias à regularização de que trata este artigo são isentos de multas, custas e emolumentos, gozando de absoluta prioridade".[59]

Outrossim, o novo Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, vem trazendo disposição inovadora, ao prescrever, no parágrafo único do seu art. 1.512, *in verbis*: "Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração. Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei."

Estabelecendo redução de emolumentos, sem qualquer contrapartida para o tabelião de protesto, a MP 1.638, de 14 de janeiro de 1998,[60] em seus artigos 5º e 6º, dispunha o seguinte, *in verbis*:

(59) Vide ADInMC 1366/PR (Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática exarada em 09.08.1996), em que o STF não conheceu da ADIn que impugnava os itens 17.1.10 e 17.1.12, do Provimento 88/1993, que aprovou o Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Paraná. As normas administrativas impugnadas possuíam o seguinte conteúdo: "17.1.10 – Das pessoas comprovadamente pobres, à vista de declaração de pobreza firmada na presença do Oficial, não serão cobrados emolumentos pelo Registro Civil e respectiva certidão. 17.1.12 – São isentos de custas o registro civil e averbação de quaisquer atos relativos a criança ou adolescente em situação de risco social".

(60) A MP 1638, reeditada cinco vezes, teve a redação dos referidos arts. 5º e 6º reproduzida nas sucessivas renumerações e reedições das Medidas Provisórias 1681, de 29.06.1998 (reeditada cinco vezes), 1754, de 14.12.1998 (reeditada seis vezes) e, finalmente, 1894, de 29.06.1999 (reeditada cinco vezes). Vale dizer que, a partir da MP 1894-24, de 23.11.1999, a matéria a respeito da redução dos emolumentos de protesto de títulos, para as microempresas e empresas de pequeno porte, deixou de ser normatizada por Medida Provisória. Com efeito, entrou em vigor a Lei 9.841, de 5 de outubro de 1999, que, em seu art. 39, passou a estabelecer regra idêntica aos mencionados arts. 5º e 6º, da MP 1638 (reeditada, até então, como MP 1681, 1754 e

"Art. 5º O protesto de título, quando o devedor for microempresa ou empresa de pequeno porte, fica sujeito às normas estabelecidas nesta Medida Provisória."

"Art. 6º Os emolumentos devidos ao tabelião de protesto não excederão um por cento do valor do título, observado o limite máximo de R$20,00 (vinte reais). Parágrafo único. Incluem-se nos limites deste artigo as despesas de apresentação, protesto, intimação, certidão e quaisquer outras relativas à execução dos serviços."

Por seu turno, em 20 de dezembro de 1999, foi publicada a Lei 9.934, alterando o art. 290 da Lei 6.015/1973, para acrescentar dispositivos sobre a redução de despesas cartorárias com as escrituras públicas e os registros imobiliários para a aquisição de imóvel construído pelo sistema de mutirão nos programas habitacionais para famílias de baixa renda.[61]

1894). A MP 1894-24, que já não mais regulava a matéria de emolumentos notariais, foi renumerada e passou a receber a identificação, em um primeiro momento, de MP 1958, de 09.12.1999 (reeditada treze vezes) e, posteriormente, a receber o número de MP 2082-39, de 27.12.2000. A última reedição da MP 2082-40 deu-se em 25 de janeiro de 2001, tendo sido convertida na Lei 10.194, de 14 de fevereiro de 2001, e dispõe sobre a instituição de sociedades de crédito ao microempreendedor, e dá outras providências.

(61) O art. 290 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), com o advento da referida Lei 9.934/1999, passou a vigorar acrescido dos seguintes §§ 4º e 5º, *in verbis*: "§ 4º As custas e emolumentos devidos aos Cartórios de Notas e de Registro de Imóveis, nos atos relacionados com a aquisição imobiliária para fins residenciais, oriundas de programas e convênios com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para a construção de habitações populares destinadas a famílias de baixa renda, pelo sistema de mutirão e autoconstrução orientada, serão reduzidos para vinte por cento da tabela cartorária normal, considerando-se que o imóvel será limitado a até sessenta e nove metros quadrados de área construída, em terreno de até duzentos e cinqüenta metros quadrados. § 5º Os cartórios que não cumprirem o disposto no § 4º ficarão sujeitos a multa de até R$1.120,00 (um mil, cento e vinte reais) a ser aplicada pelo juiz, com a atualização que se fizer necessária, em caso de desvalorização da moeda." Cumpre salientar que, desde a Lei 6.941, de 14 de setembro de 1981, a redação do art. 290 já previa descontos para atos registrais imobiliários decorrentes da primeira aquisição imobiliária para fins residenciais, financiada pelo Sistema Financeiro da Habitação. Vejamos, *in verbis*: "LRP. Art. 290. Os emolumentos devidos pelos atos relacionados com a primeira aquisição imobiliária para fins residenciais, financiada pelo Sistema Financeiro de

Além desses casos, VIEGAS DE LIMA (1998, p. 104), ao referir-se à gratuidade instituída aos registros civis de nascimento e óbito, menciona, *in verbis*: "No tocante às demais especialidades de notários e registradores, o Governo Federal, diuturnamente, edita normas determinando a gratuidade dos emolumentos – ou, quando menos, sua sensível redução. Exemplificativamente, podemos citar a Medida Provisória 1520, a legislação referente às cédulas rurais que ainda dispõe acerca de 1/4 do salário referência – tornando a retribuição pelos atos sem expressão econômica – e, finalmente, a possibilidade do fazimento de contratos imobiliários, independentemente de escritura pública, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação".[62]

Os precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, admitindo a constitucionalidade de regras instituidoras de gratuidades e reduções desse jaez, são, basicamente, os seguintes, a saber:

> Habitação, serão reduzidos em 50% (cinqüenta por cento). § 1° O registro e a averbação referentes à aquisição da casa própria, em que seja parte cooperativa habitacional ou entidade assemelhada, serão considerados, para o efeito de cálculo de custas e emolumentos, como um ato apenas, não podendo a sua cobrança exceder o limite correspondente a 40% (quarenta por cento) do Maior Valor de Referência. § 2° Nos demais programas de interesse social, executados pelas Companhias de Habitação Popular – (COHABs) ou entidades assemelhadas, os emolumentos e as custas devidos pelos atos de aquisição de imóveis e pelos de averbação de construção estarão sujeitos às seguintes limitações: *a)* imóvel de até 60 m² (sessenta metros quadrados) de área construída: 10% (dez por cento) do maior valor de referência; *b)* de mais de 60 m² (sessenta metros quadrados) até 70 m² (setenta metros quadrados) de área construída: 15% (quinze por cento) do maior valor de referência; *c)* de mais de 70 m² (setenta metros quadrados) e até 80 m² (oitenta metros quadrados) de área construída: 20% (vinte por cento) do maior valor de referência; § 3° Os emolumentos devidos pelos atos relativos à financiamento rural serão cobrados de acordo com a legislação federal."

(62) Podemos mencionar, ainda, a existência do DL 1.537, de 13 de abril de 1977, que isenta do pagamento de custas e emolumentos à prática de quaisquer atos, pelos ofícios e cartórios de registro de imóveis, de registro de títulos e documentos e de notas, relativos às solicitações feitas pela União Federal. Há, também, a Lei 6.551, de 5 de julho de 1978, que concede ao Distrito Federal a mesma isenção referida pelo DL 1.537/1977, por quaisquer atos praticados pelos cartórios situados dentro de seus limites territoriais.

Relativamente à Lei Estadual da Paraíba 5.672, de 18 de novembro de 1992, que dispõe, no inciso II, do seu art. 28, que "são isentos de custas e emolumentos o registro civil de nascimento, a certidão de óbito e a habilitação e a celebração do casamento, para os reconhecidamente pobres, na forma da lei". A Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG-BR) ajuizou a ADIn 1.362/PB (com a relatoria do Min. Francisco Rezek), sob o argumento de que, segundo a Constituição Federal (art. 226, §1°), apenas a celebração do matrimônio é que seria gratuita, e não a habilitação para o casamento. O STF, na sessão plenária de 11 de dezembro de 1995, indeferiu o pedido de suspensão cautelar do dispositivo impugnado, considerando constitucional a mencionada gratuidade.[63]

No que tange à gratuidade instituída pela já referida Lei 9.534/1997, no julgamento da ADInMC 1.800/DF, também ajuizada pela ANOREG-BR, nossa Suprema Corte considerou constitucional a norma que estende a todos os brasileiros a gratuidade do registro de nascimento e de óbito, nada obstante o inciso LXXVI do art. 5° da CF apenas mencionar tal direito aos "reconhecidamente pobres". Entendeu-se que este dispositivo constitucional reflete o mínimo a ser observado pela lei, não impedindo que esta seja ampliada indistintamente. Além disso, os atos relativos ao nascimento e ao óbito são a base para o exercício da cidadania. Considerou-se, também, que a União Federal é sim competente para isentar a cobrança de emolumentos remuneratórios dos serviços notariais e registrais, sob o argumento de que compete, concorrentemente, à União e aos Estados, legislar sobre emolumentos (na dicção do §2°, do art. 236, da CF).[64] Entendeu-se, por fim, que não há direito constitucional

(63) V. ADIn 1.362/PB, acórdão publicado no *DJ* de 29 de março de 1996.

(64) Cf. Informativo do STF 105, Título: Gratuidade de Certidão (ADIn 1.800, Rel. Min. Nelson Jobim, Plenário de 06.04.1998). Foram vencidos os Ministros Maurício Corrêa e Marco Aurélio, que deferiam a cautelar, por entenderem configurada a violação do princípio da razoabilidade ao fundamento de que a norma impugnada inviabiliza o funcionamento dos cartórios de registro civil. Ressalta-se que o Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto, acompanhando o entendimento do relator, pela constitucionalidade da norma impugnada, assinalou, *in verbis*: "O problema é que os emolumentos são remunerações de um serviço público essencialmente estatal. Se se trata de taxa – portanto, tributo fixado em lei – a delegação da prestação do serviço público obviamente

à percepção de emolumentos por todos os atos praticados, mas apenas ao recebimento, de forma integral, da totalidade dos emolumentos que tenham sido fixados.

O mesmo tema (a constitucionalidade da gratuidade instituída pela Lei 9.534/1997) foi objeto de nova apreciação do Supremo Tribunal Federal. Trata-se da ADC 5/DF, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, sob a mesma relatoria do Min. Nelson Jobim. Foi deferido o pedido de liminar, na sessão plenária de 17 de novembro de 1999, para, com eficácia *ex nunc* e efeito vinculante, suspender, até decisão final desta ação, a prolação de qualquer decisão, assim como os efeitos de todas as decisões não transitadas em julgado e de todos os atos normativos que digam respeito à legitimidade constitucional, eficácia e aplicação dos dispositivos da Lei 9.534/1997 que prevêem a gratuidade do registro civil de nascimento, do assento de óbito, bem como da primeira certidão respectiva.

No julgamento da ADC 5/DF, restaram vencidos, tal como na ADInMC 1.800/DF, os entendimentos dos Min. Maurício Corrêa e Marco Aurélio, que indeferiam o pedido por entenderem que a Constituição Federal apenas assegurou a gratuidade dos referidos atos somente àqueles reconhecidamente pobres (nos estritos termos do inciso LXXVI, do art. 5º), e também pelo fato de que as normas impugnadas inviabilizariam o funcionamento dos cartórios de registro civil. Além disso, por diferente fundamento, o Min. Carlos Velloso, reconhecendo que as custas e emolumentos qualificam-se como taxas, também indeferiu a liminar na ADC 5/DF, por entender, em sede liminar, falecer competência à União para instituir isenção de tributo de competência dos Estados (conforme reza o inciso III do art. 151 da CF).[65]

não aliena o poder de isentar, que permanece com a entidade estatal competente para tributar. (...) Não desconheço e não tenho por que duvidar de que haverá circunscrições em que efetivamente a gratuidade desses assentos e de sua primeira certidão levarão à situação de extrema dificuldade o serventuário. Mas, afora as situações que se possam imaginar, mantido o sistema constitucional, o que vejo nisso é a denúncia da falência deste modelo quase privado de exercício de um serviço público que, sendo essencial e não comportando custos onerosos, deve ser prestado diretamente pelo Estado".

(65) Cf. Informativo do STF 171, Título: ADC e Gratuidade de Certidão (ADC 5, Rel. Min. Nelson Jobim, Plenário de 17.11.1999). Analisando a competência de a União Federal instituir isenções de emolumentos cartorários e refutando

Temos, ainda, o julgamento na ADInMC 1.790/DF, ajuizada pela ANOREG-BR, em que se impugnavam os dispositivos da já mencionada MP 1.638/1998, que estabeleceram valor limite para os emolumentos referentes a protesto de título, quando o devedor for microempresa ou empresa de pequeno porte. Sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, o Tribunal, por maioria de votos, entendeu, à primeira vista, não haver plausibilidade jurídica na tese da associação autora, que argumentou ofensa ao § 2°, do art. 236, da CF, no sentido de que a Medida Provisória estava usurpando atribuição estadual, haja vista que à lei federal compete, tão-somente, estabelecer normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.[66]

Conforme acusa a ementa do referido julgamento, "afirmada em decisão recente (ADInMC 1.800/DF) a validade em princípio da isenção de emolumentos relativos a determinados registros por lei federal, fundada no art. 236, § 2°, da Constituição, com mais razão parece legítima a norma legal da União que, em relação a determinados protestos, não isenta, mas submete a um limite, os respectivos emolumentos, mormente quando o conseqüente benefício às microempresas tem o respaldo do art. 170, IX, da Lei Fundamental".[67]

o argumento do Min. Carlos Velloso, o voto do relator na ADC 5/DF, Min. Nélson Jobim, esclarece que "lei da União pode dispor sobre a gratuidade de serviços dos Estados. Sendo competência da União dispor sobre a matéria, pode ela definir as hipóteses de remuneração, sem prejuízo de uma competência supletiva dos Estados. No caso, é competência privativa da União legislar sobre registros públicos (art. 22, XXV)".

(66) Cf. Informativo do STF 108, Título: Teto de Emolumentos (ADInMC 1.790/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário de 23.04.1998, acórdão publicado no *DJ* de 08.09.2000). Restaram vencidos, neste julgamento, o entendimento do Min. Moreira Alves, que deferia a liminar pleiteada sob o entendimento de que não se trata, no caso, de normas gerais, e sim de normas específicas de competência privativa dos Estados-membros (CF, art. 24, § 1°) e o entendimento do Min. Marco Aurélio, que não via, na espécie, a urgência necessária à edição da medida provisória.

(67) Deve-se chamar atenção, de qualquer forma, para o fato de que, na ADInMC 2218/DF (Rel. Min. Maurício Corrêa, sessão plenária de 06.02.2001), foi julgada prejudicada a referida ADIn, por se entender que a Lei 10.169, de 29.12.2000 – ao determinar, em seu art. 1°, que "os Estados e o Distrito Federal fixarão o valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro, observadas as normas desta lei", e,

Por fim, como mais um exemplo de admissão, por parte do Supremo Tribunal Federal, da instituição de isenção de emolumentos, podemos mencionar o indeferimento unânime de medida liminar requerida na ADInMC 1624/MG. Nesta ADIn, a ANOREG/BR impugnou a constitucionalidade da Lei do Estado de Minas Gerais 12.461, de 7 de abril de 1997, que resultou na outorga da isenção do pagamento de emolumentos relativos ao registro de atos constitutivos, inclusive alteração de ato ou de documento válido contra terceiros, às entidades beneficentes de assistência social com regular funcionamento no Estado e declaradas de utilidade pública.

2.3.4 A necessidade de implementação de mecanismos de compensação em face das gratuidades ou reduções de emolumentos

Com os exemplos supramencionados, pretende-se demonstrar que, sob o argumento de que os serviços notariais e registrais podem consubstanciar atos necessários ao exercício da cidadania, bem como que não há direito adquirido do tabelião ou do registrador à percepção de emolumentos por todos os atos praticados, nossa Suprema Corte vem entendendo constitucional a gratuidade e a redução de emolumentos relativos a certos atos de tais serviços públicos. No entanto, considerando que as atividades notarial e registral são, via de regra, exercidas em caráter privado, e que tabeliães e oficiais de registro as exercem por sua própria conta e risco; as reduções ou isenções de emolumentos só devem ser consideradas constitucionais se forem acompanhadas de algum mecanismo de compensação, indenização ou viabilização econômico-financeira das serventias que terão suas receitas minguadas.

Tal como determina a lei,[68] os titulares dos serviços notariais e de registro são responsáveis pelas despesas de custeio, investimento e pessoal,

em seu art. 3º, II, que "fica vedado fixar emolumentos em percentual incidente sobre o valor do negócio jurídico objeto dos serviços notariais e de registro" –, à toda evidência, afastou do mundo jurídico a disposição em contrário contida no objeto impugnado pela Ação Direta (inciso I, do art. 39, da Lei 9.841/1999, que dispunha: "Os emolumentos devidos ao tabelião de protesto não excederão um por cento do valor do título, observado o limite máximo de R$20,00 (vinte reais), incluídos neste limite as despesas de apresentação, protesto, intimação, certidão e quaisquer outras relativas à execução dos serviços".

(68) Cf. Art. 21 da Lei 8.935/1994, já transcrito na nota de rodapé 2 da *Apresentação* do presente trabalho.

visando à prestação dos serviços com qualidade e eficiência. Não se pode duvidar que uma atividade exercida em caráter privado que conte apenas com despesas, sem fonte de custeio, será inviável. A Constituição Federal, ao prescrever, por sua *mens legis*, a gratuidade generalizada do registro civil (conforme entende o STF) e estabelecer, expressamente, sua prestação em caráter privado, não pode ter pretendido que um serviço de tamanha relevância social (como é o registro civil) reste inviabilizado e sem uma compensação ou indenização pela retirada da renda advinda dos emolumentos (constitucionalmente isentados).

Entendemos que é, sim, constitucional a limitação ou a isenção de emolumentos cartorários,[69] mas desde que, simultaneamente, seja previsto mecanismo de compensação ao notário ou registrador, que tenha sua renda diminuída ou suprimida e que precisa manter em regular funcionamento a serventia a qual titulariza.

De fato, não há que se falar em direito constitucional à percepção obrigatória de emolumentos por todos os atos praticados pelo delegado de um serviço público. O desempenho de função pública é facultativo para os aprovados em concurso público. A instituição de gratuidade de emolumentos não implica a expropriação de renda ou de desrespeito à propriedade privada (protegida constitucionalmente no inciso XXII, do art. 5º), mesmo porque a serventia não é de propriedade do delegado do serviço público. Não implica, também, a imposição de trabalho forçado (vedada pela CF, no art. 5º, XLVII, letra *c*) nem uma perversa requisição de serviço (adstrita aos casos de iminente perigo ou em tempo de guerra, prevista na CF, no art. 5º, XXV, e art. 22, III).

(69) Quanto à objeção de que: a uma, os emolumentos têm natureza de taxa (espécie de tributo); a duas, os serviços notariais e de registro têm índole estadual (à exceção do Distrito Federal) e, a três, o inciso III, do art. 151, da CF, reza que "é vedado à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios", tais argumentos não devem prosperar. Como teremos oportunidade de explicar mais adiante, entendemos que os emolumentos pagos diretamente aos titulares de cartórios não-oficializados, muito embora sejam fixados por lei e obedeçam ao princípio da anterioridade (por determinação da Lei 10.169/2000, arts. 2º e 5º), não devem ser categorizados como taxa em sentido estrito, muito menos receita pública, uma vez que são destinados integralmente e diretamente a entes particulares, constituindo remuneração não advinda dos cofres públicos.

De qualquer forma, o Estado é responsável pela viabilização mínima das serventias extrajudiciais não-oficializadas. Se o constituinte originário determinou que as atividades notariais e de registro serão exercidas em caráter privado (CF, art. 236), caso o Estado inviabilize, por meio da instituição de isenções de emolumentos, o desempenho privado (forçando a migração para o modelo oficializado) desses serviços, verificar-se-á, a toda evidência, que a conduta do Estado-legislador será inconstitucional. Assim sendo, entendemos que cabe ao Estado indenizar ou viabilizar, de alguma forma, os cartórios extrajudiciais que, por determinação constitucional, devem ser titularizados por particulares.

Não se nega que o Estado tem o poder de prestar serviço público a título gratuito, ou como asseverou o Min. Marco Aurélio na ADInMC 1.624/MG, relativamente às entidades beneficentes de assistência social com regular funcionamento e declaradas de utilidade pública, "o fato de a Carta não dispor expressamente sobre a isenção (...) não consubstancia óbice a que o Estado, no âmbito da conveniência e oportunidade política legislativa, faça-o". Em face da relevância e essencialidade de atos de registro civil, por exemplo, como bem assinala VIEGAS DE LIMA (1998, p. 100), nítido é o dever do Estado em assegurar a situação jurídica da população, no que concerne a determinados atos de uma das faces da cidadania, devendo o interesse público sobrepor-se ao particular.

Por outro lado, quando o serviço público gratuito é prestado por "delegados ou concessionários" (e não diretamente pelo Estado), não há dúvida de que, caso envolva gastos (com infra-estrutura e pessoal) e quando tais gastos sejam suportados por aqueles, a prestação de tal serviço deve ser *compensada de alguma forma* (como é o caso, para as serventias extrajudiciais, da "formação de um fundo de compensação capitalizado por taxas sobre a prestação de outros serviços" ou até mesmo "a cumulação de outras atribuições registrais ou notariais").[70] Tal como

[70] O legislador ordinário (por meio da Lei 10.169, de 29 de dezembro de 2000, arts. 8º e 9º, *caput*), preocupado com a situação deficitária que a gratuidade ou redução de emolumentos implicaram a alguns cartórios, determinou, *in verbis*: "Art. 8º Os Estados e o Distrito Federal, no âmbito de sua competência, respeitando o prazo estabelecido no art. 9º desta Lei, *estabelecerão forma de compensação* aos registradores civis das pessoas naturais pelos atos gratuitos, por eles praticados, conforme estabelecido em lei federal. Parágrafo único. O disposto no *caput* não poderá gerar ônus para o Poder Público"

sugere o art. 8º da Lei 10.169/2000, não verificamos qualquer óbice a que o mecanismo de compensação do registro civil gratuito seja capitalizado por meio da imposição de ônus ("sobretaxa") aos cidadãos interessados que utilizem outros serviços registrais ou notariais (que não os registros civis gratuitos).

2.3.4.1 A compensação viabilizada pela constituição de fundo capitalizado por selos de fiscalização das atividades notariais e de registro

Muito embora a contrapartida advinda de uma "taxa" que recaia sobre outras atribuições notariais e registrais, onerando-se os referidos cidadãos, possa parecer, em um primeiro momento, antiisonômica, por destinar o produto proveniente de "sobre-emolumentos" a entes privados (quais sejam, os registradores civis), a medida se justifica por várias razões: a uma, em face do caráter público que reveste a função registrária (não sendo os registradores civis entes eminentemente privados, não se confundindo com profissionais liberais);[71] a duas, por obedecerem os emolumentos a um regime jurídico especial (não se confundindo genuinamente com o regime de taxas, tanto é que sua destinação não se dá para os cofres públicos); a três, por vincular a destinação da "sobretaxa" a serviços públicos (registrais) análogos àqueles que geram tais recursos (serviços notariais e registrais); e, a quatro, por repartir e diluir, na

(g.n.). "Art. 9º Os Estados e o Distrito Federal deverão proceder à revisão das tabelas de emolumentos atualmente em vigor, a fim de adaptá-las ao disposto nesta Lei, no prazo de noventa dias contado da data de sua vigência." No que tange à acumulação de atribuições registrais e notariais, o art. 26 da Lei 8.935/1994 (o Estatuto de Notários e Registradores) determina, como já visto, que: "Art. 26. Não são acumuláveis os serviços enumerados no art. 5º. Parágrafo único. Poderão, contudo, ser acumulados nos Municípios que não comportarem, em razão do volume dos serviços ou da receita, a instalação de mais de um dos serviços".

(71) Conforme consta do voto do Min. Moreira Alves, na Representação 997 (*RTJ* 100/976-987), no que se refere aos emolumentos cartorários, "essas custas são receita pública que fazem as vezes de remuneração aos funcionários públicos que são os serventuários não oficializados (...) Não se trata (...) de contribuição exigida, pelo Estado, de um particular, em favor de outro particular, por ocasião da prestação de um serviço público essencial por parte do Estado e realizado por funcionário público" (p. 986).

sociedade, os gastos e o prejuízo experimentados, em um primeiro momento, por registradores civis. Se o interesse pela universalização da gratuidade do registro civil de nascimento e de óbito é de toda a sociedade brasileira, cumpre a ela suportar o ônus advindo de tal gratuidade.[72]

A propósito, Diógenes GASPARINI (2001, p. 268-269), ao dissertar sobre o sistema de prestação de serviços a "tarifa zero", observa, *in verbis*: "Quando se adota a *tarifa zero*, a satisfação do custo da execução do serviço faz-se de outro modo, já que o usuário nada paga ao prestador pelos serviços que recebe. A remuneração a que faz jus o prestador do serviço é satisfeita pelo Poder Público titular do serviço. (...) O sistema da tarifa zero não significa absoluta gratuidade dos serviços. De fato,

(72) No que tange à cobrança de taxa sobre emolumentos cartorários para custear "Fundo de Reequipamento do Poder Judiciário no Estado do Paraná" e "Fundo Especial para Instalação, Desenvolvimento das Atividades dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais em Mato Grosso do Sul", conforme noticiam os Informativos STF 180 e 188, o Supremo Tribunal Federal, nas ADInsMCs 2.059/PR e 2.129/MS, já se pronunciou entendendo que tais cobranças de "sobre-taxas" são constitucionais, "uma vez que sua destinação é pública e que o Poder Judiciário é o fiscalizador da atividade notarial, estando, num primeiro exame, em conformidade com a jurisprudência do STF no sentido de não ser possível a vinculação de taxas judiciárias e emolumentos a entidades privadas, ou mesmo a serviços públicos diversos daqueles a que tais recursos se destinem". Brevemente, o Supremo Tribunal Federal analisará a constitucionalidade do modelo de compensação aos registradores civis baseado nos "selos de fiscalização". Em vários Estados-membros, o ressarcimento aos oficiais de registro pela gratuidade é custeado pela arrecadação do Selo de Fiscalização dos serviços extrajudiciais, por meio de fundo administrado pelas respectivas Corregedorias-Gerais de Justiça. Cada usuário de serviços notariais e de registro (que sejam remunerados) paga, além dos emolumentos devidos ao cartório, pelo selo de fiscalização que deve ser aposto em todo e qualquer ato notarial e de registro. Do total arrecadado pelo Tribunal de Justiça na aquisição de selos pelas serventias extrajudiciais, são deduzidos os custos operacionais e repassada, aos oficiais de registro civil, a quantia referente ao ressarcimento pelos atos gratuitos praticados. Contra esse modelo de compensação, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou, em 20.11.2001, ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 2567/DF), ainda não levada a julgamento de seu pedido liminar e distribuída ao Min. Rel. Celso de Mello. Tal ação impugna a constitucionalidade da Lei Complementar do Estado de Santa Catarina 175, de 28 de dezembro de 1998, e o Provimento 56, de 26 de outubro de 1999, do Corregedor-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

estes são gratuitos só para os usuários, cabendo a remuneração ao Poder Público, seu titular. Isso equivale a dizer que todos pagam pelo serviço prestado a alguns".

Quanto à hipótese de que são os notários e os registradores de todo o Brasil que devem custear a gratuidade, não nos parece solução revestida de juridicidade. Com efeito, o art. 28 da Lei 8.935/1994 é bastante claro ao determinar que os titulares dos cartórios não-oficializados têm direito subjetivo à percepção integral dos emolumentos devidos pelos atos por si praticados. Da mesma forma como o parágrafo único do art. 8º, da Lei 10.169/2000, veda que a gratuidade seja suportada diretamente pelos cofres do Poder Público, entendemos que não devem ser onerados apenas notários e registradores, mas, sim, aplicar-se o princípio da socialização dos prejuízos, distribuindo-se o ônus da gratuidade, por meio do pagamento de sobretaxa pelos cidadãos interessados na utilização de outros serviços notariais ou registrais.

Nessa linha de raciocínio, José Renato NALINI (1998, p. 48) adverte, *in verbis*: "Talvez tenha sido temerária essa generalização [a universalização da gratuidade]. Aceitando-se a declaração do interessado como suficiente para a comprovação do estado de pobreza, todos aqueles que podem pagar por esses atos essencialíssimos ao exercício da cidadania deveriam continuar a remunerar o serviço. É um serviço público delegado ao particular. Este não pode ser obrigado a desempenhar préstimo público gratuitamente, às suas expensas. Esse critério há de ser repensado, pena de inviabilizar a subsistência desses serviços." E, na mesma obra composta por textos de cinco juízes de direito em São Paulo (NALINI et al, 1998), o magistrado Kioitsi Chicuta (p. 59) conclui, *in verbis*: "Dizer-se hoje, por exemplo, que os registros civis integram o direito de cidadania e que, portanto, devem ser gratuitos, é desconhecer regra comezinha vedatória de trabalho escravo, obrigando particulares a suportar, com exclusividade, prejuízos a que não deram causa e pelo simples motivo de esta ser a vontade do Estado e que, por seu lado, nada desembolsa".

2.3.4.2 A compensação advinda da cumulação de outras atribuições notariais ou de registro à serventia economicamente inviável

Outra forma de compensação dos prejuízos, decorrentes da gratuidade imposta ao registro de nascimento e de óbito, seria a autorização

para que registradores civis exercessem outras atribuições notariais ou de registro. Por exemplo, em Goiás, como já mencionado (no desfecho do item antecedente), a Lei Estadual 13.644, de 12 de julho de 2000, em seu art. 51, determinou, dentre outras medidas, que as serventias de Registro Civil de Pessoas Naturais de Goiás, nas comarcas em que constituem serviço isolado e autônomo, passam a acumular também as atribuições do Tabelião de Notas, Tabelião e Oficial de Registro de Contratos Marítimos. Mencionou-se, também, que, na ADInMC 2350/GO (sob relatoria do Min. Maurício Corrêa), proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional esta modalidade de compensação pela gratuidade do registro civil.

Da análise dos votos (vencedores e vencidos) expendidos pelos ministros na referida ADInMC 2350/GO, verifica-se que nossa Suprema Corte não chegou a enfrentar – mesmo porque a petição inicial de autoria do PTB não a estimulou a tanto (pois deixou de ventilar argumentos mais consistentes)[73] – a (in)constitucionalidade da referida norma estadual, sob o enfoque da inexorável necessidade de concurso público para o ingresso nas atividades notariais e registrais. Explicamo-nos.

[73] Analisando a petição inicial da ADIn 2350/GO, verificamos, em apertada síntese, que os argumentos expendidos pelo autor, para demonstrar a suposta inconstitucionalidade do art. 51 da Lei 13.644/2000, do Estado de Goiás, foram os seguintes, a saber: a) vício de iniciativa em face das emendas parlamentares apresentadas, já que a iniciativa do processo legislativo é de competência privativa do Tribunal de Justiça; b) ausência de estudo prévio, por parte da Assembléia Legislativa, quanto à demanda e à necessidade da criação de novos serviços notariais; c) invasão de competência privativa da União para legislar sobre registros públicos (CF, art. 22, XXV); d) a lei estadual não poderia atribuir aos oficiais de registro civil atividades inerentes aos tabeliães de notas, porquanto o art. 26 da Lei Federal 8.935/1994 determina que "não são acumuláveis os serviços numerados no art. 5º" e, assim sendo, foram ofendidos "os princípios da tripartição dos poderes e federativo consagrados nos artigos 1º, 2º, 3º, 22 (inciso XXV), 60 (§4º, II), 96 (inciso I, letras *a* e *b*) e 236 da Constituição de 1988". Os votos vencedores, como já referido em momento anterior, entenderam que inexiste a alegada ofensa à competência privativa da União Federal, dado que a norma impugnada apenas dispôs sobre a organização do serviço público. Quanto aos três votos vencidos (dos Mins. Maurício Corrêa, Ellen Gracie e Moreira Alves), o argumento foi o de que havia, sim, aparente ofensa ao art. 22, XXV, da CF.

A Constituição Federal, no § 3º, do seu art. 236, determina, *in verbis*: "O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos (...)". Destarte, caso uma lei estadual autorize a acumulação de atribuições, posteriormente ao ingresso de um titular em dado cartório (que passará a prestar cumulativamente novos serviços), estar-se-á, de maneira oblíqua, admitindo o ingresso em atividades notariais e registrais sem concurso público. O ingresso na nova atividade advirá não de concurso público, mas de autorização legal, desrespeitando, a uma primeira vista, preceito constitucional. Ademais, um cidadão que tenha obtido êxito para o ingresso na titularidade de um cartório de notas não, necessariamente, terá habilidade suficiente para desempenhar o serviço de um registrador imobiliário ou de um registrador civil das pessoas jurídicas.

Essa é a conclusão a que chega o Professor VIEGAS DE LIMA (1998, p. 93-97), quando, ao dissertar sobre a possibilidade de acumulação de atribuições notariais e registrais como suposta solução aos problemas que circundam a gratuidade do registro de nascimento e óbito, preleciona, *in verbis*: "O ingresso nas atividades notariais e de registro é efetivado por meio de concurso público para cada uma das especialidades, impedindo que um notário possa ser registrador e vice-versa. Em virtude da alta especialização das demais atividades, quer, por exemplo, a garantia dos negócios jurídicos na atividade notarial, quer a segurança do sistema imobiliário registral nos Registros de Imóveis, quer, ainda, pela complexidade das atividades do registrador de títulos e documentos ou tabelião de protestos – vez que suas atuações transcendem o direito civil, indo de encontro como o direito comercial –, fazendo com que, de imediato, os registradores civis das pessoas naturais não estejam aptos para o desempenho das mesmas. (...) É de se salientar, entretanto, que tendo em vista as especialidades concernentes a notários e registradores, o ingresso na carreira é dado por concurso de provas e títulos específico para cada uma dessas naturezas. Isto vale dizer que aquele aprovado em concurso para notário não pode desempenhar a atividade privada ínsita a registrador (...). De outra parte, se um notário desejar desenvolver atividade de registrador, segundo os preceitos legais, deve prestar novo concurso de ingresso, desta vez para a delegação constitucional de registrador."

Nada obstante os consistentes e judiciosos argumentos expendidos pelo professor da cadeira de direito civil da Faculdade de Direito da

Universidade de Brasília, o fato é que os concursos públicos, tanto os de ingresso quanto os de remoção, que vêm ocorrendo em vários Estados brasileiros, selecionam candidatos, não para uma serventia específica, mas sim para uma lista de cartórios vagos, declarando-se habilitado cada concursando na rigorosa ordem de classificação.[74]

O problema remanesce, contudo, nas unidades da Federação em que o concurso seja específico para uma determinada atribuição. Indaga-se: um candidato selecionado para ser apenas registrador civil poderá receber, em decorrência da lei, delegação para prestar serviços notariais, sem ao menos ter sido aferida a sua capacidade para desempenhar tal múnus público? Da mesma forma, considerando que o concurso de remoção, a partir do advento da Lei 10.506, de 9 de julho de 2002, faz-se apenas pela aferição de títulos (e não mais de provas e títulos), pergunta-se: poderá um registrador ou notário, cujo ingresso deveu-se a uma seleção específica para a atribuição que iria exercer, ser removido para um outro cartório com atribuições distintas daquelas que vinha desempenhando?

Entendemos que a resposta a essas indagações seja positiva: sim, poderá. A Constituição Federal exige o concurso público para o primeiro ingresso nas atividades notariais e de registro, de uma forma genérica,

(74) A esse propósito, determina o art. 19 da Lei 8.935/1994, *in verbis*: "Os candidatos serão declarados habilitados na rigorosa ordem de classificação no concurso". Esse dispositivo sugere, por si só, que a seleção de candidatos a titulares de serviços notariais e de registro não, necessariamente, será procedida para cada serventia específica. Como exemplos de concursos que admitiram que os selecionados pudessem, a depender de sua classificação e da disponibilidade de vagas, titularizar cartórios de diferentes atribuições notariais e registrais, podemos citar: os dois últimos concursos do Distrito Federal (homologados, respectivamente, em março e dezembro de 2001), o último concurso de Pernambuco (homologado em novembro de 2002) e o último concurso do Rio de Janeiro (homologado em novembro de 2002). Não se desconhece, todavia, que há exceções. Por exemplo, em Minas Gerais, o concurso mineiro, realizado em 2001, seguiu a orientação de selecionar os candidatos para cada uma das serventias vagas. Contudo, quanto ao concurso de remoção, contrariamente ao que sustentava o professor VIEGAS DE LIMA, até no certame de Minas Gerais, vem-se admitindo que notários e registradores sejam removidos para desempenharem outras atribuições sem a necessidade de se submeterem a concurso de ingresso.

seja qual for a atribuição. A partir daí – considerando que o titular de qualquer serviço notarial ou registral goza de fé pública (por delegação imediata do poder soberano, conferindo, a atos e contratos, caráter de autenticidade própria dos atos de autoridade pública), bem como terá suas atividades constantemente fiscalizadas pelo Poder Judiciário –, é razoável se admitir que a lei possa presumir que tal delegado possua, ou seja capaz de adquirir, as habilidades técnicas necessárias para o desempenho de outras atribuições notariais ou de registro.

Uma lei estadual, desde que aferida a necessidade de viabilizar os serviços de registro civil das pessoas naturais (afetados pela universalização da gratuidade no registro de nascimento e de óbito), pode prever, como "forma de compensação aos registradores civis", a acumulação de outras atribuições notariais ou registrais. Não há que se falar em desrespeito aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade ou da acessibilidade aos serviços notariais e de registro por concurso público, haja vista que, caso o ingresso em qualquer uma das atribuições notariais ou registrais tenha se dado por concurso público, satisfeita estará a exigência constitucional. A acumulação de novas atribuições aos registradores civis decorrerá de conveniência legislativa estadual, a qual, queremos crer, não pode ser manietada. E mais, em prestígio ao art. 236 da CF, é dever do Estado viabilizar o mínimo necessário e suficiente para o exercício privado dos serviços notariais e de registro.

Ratificando a juridicidade dessa forma de compensação aos registradores civis, por meio de acumulação de outras atribuições registrais ou notariais, vale mencionar o julgamento no ROMS 13.763/PR (nas sessões de 12.12.2002 e 20.02.2003), em que a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Min. Hamilton Carvalhido, à unanimidade, confirmou acórdão do Tribunal Paranaense, no sentido de ser legítima e válida a acumulação, por parte de um registrador civil, de atribuições de títulos e documentos. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entendeu correta a atitude de seu Corregedor-Geral que, com base no art. 27 da Lei Estadual 12.358/1998 (a qual determina ser de competência do Conselho da Magistratura paranaense, através da Corregedoria, decidir pela acumulação ou desacumulação dos serviços notariais e de registro), desacumulou as atribuições de registros de títulos e documentos e pessoas jurídicas do Ofício de Protesto de Títulos da Comarca de Paranavaí/PR (que acumulava atribuições a título precário) e outorgou

tais serviços ao Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais da mesma comarca.

2.3.5 O dirigismo estatal e suas repercussões para os cofres públicos

Quanto ao papel do Estado na viabilização de cartórios não-oficializados, é interessante observar que o constitucionalista português J. J. Gomes CANOTILHO (1974, p. 22-23), referindo-se ao estudo de Vaz Serra, intitulado de *Responsabilidade civil do Estado e dos órgãos ou agentes* (publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 85, Portugal, p. 515 ss.), menciona o problema da responsabilidade civil do Estado em face dos prejuízos experimentados por colaboradores de serviço público. Assevera que "os colaboradores de um serviço público, requisitados legalmente ou convidados a colaborar nele, pela Administração", em determinadas condições (por exemplo, quando forem vítimas de um acidente), em que experimentarem prejuízos, nessa colaboração, sem culpa sua e sem culpa da Administração (portanto, na execução de ato lícito), devem ter direito a indenização. Por seu turno, "os colaboradores espontâneos" que experimentem prejuízo, verificadas certas condições especiais, podem exigir indenização do Estado, "desde que a utilidade do seu concurso e o interesse público o justificarem".

Valendo-nos da lição do professor lusitano, podemos dizer que notários e registradores se enquadram como "colaboradores 'convidados', por concurso público, a colaborar com a Administração" e, caso experimentem prejuízo injustificado, como no caso da redução ou supressão de seus emolumentos pagos pelos cidadãos interessados nos serviços notariais e de registro, devem ser indenizados pelo Estado. Cumpre ao Estado, pois, viabilizar, de alguma forma, o mínimo necessário para o desempenho privado das atividades notariais e registrais, mesmo que seja por meio de mecanismos de compensação, tais como a criação de fundo capitalizado por verbas pagas por utentes de outros serviços cartorários.

Não destoa do entendimento supramencionado, a conclusão análoga a que chega o professor Miguel REALE (1988, p. 24-34), em parecer intitulado de *Responsabilidade civil do Estado*, concluído em 22 de julho de 1985. O referido parecer fora encomendado por cooperativa de empresas álcool-açucareiras, prejudicadas pelo dirigismo econômico

imposto pelo Instituto do Álcool e do Açúcar (IAA), "no que se refere tanto à política seguida pelo IAA na composição de preços deficitários do açúcar e do álcool, durante vários anos, como ao prejuízo sofrido pelas empresas álcool-açucareiras que integram a Cooperativa consulente, pelo fato de terem sido compelidas a valer-se da Res. 63 do Banco Central, para concluírem empréstimos externos em dólares norte-americanos, com a fiança do IAA e tendo sido, inopinadamente e contra toda a previsão, surpreendidas com a máxima desvalorização do cruzeiro, ocorrida em 19.02.1983".

Alerta-se, desde logo, que a comparação que se pretende empreender entre a responsabilidade do Estado pela instituição de isenções ou reduções de emolumentos remuneratórios de "serviços cartorários, exercidos em caráter privado", e pelo dirigismo a que se submetiam "empresas que exploram atividade econômica", não desconsidera que, embora, a princípio, não se deva comparar cartório a uma empresa, igualmente não se lhe pode equiparar totalmente aquele a uma repartição pública.[75] Entendemos que as reflexões de Miguel REALE sejam úteis e que a analogia pretendida se mostre plausível, para a demonstração da necessidade de mecanismos compensatórios ou indenizatórios aos registradores e tabeliães, que vejam reduzidos ou isentados os emolumentos que deveriam perceber.

(75) Em 1973, na Representação 891 (*RTJ* 68/311), o Min. Eloy da Rocha deixou claro em seu voto que "a serventia não é empresa, quer pelo objeto da atividade, quer pela relação jurídica existente entre o titular da serventia e o Estado. [Indaga-se] Pode ser empresa o ofício que exercita atividade pública desse tipo? (...) a organização é regulada por lei: o serviço fica sujeito ao controle e à disciplina judicial (...)". De outra banda, o causídico Bernardo BRAUNE (1997, p. 435), levando em conta os dispositivo contido no art. 21 da Lei 8.935/1994, relativamente à autonomia administrativa e financeira da atividade notarial e de registro, faz a seguinte ponderação, *in verbis*: "Arriscaria-me a afirmar que, diante da modalidade instituída pela Lei 8.935/1994, a atividade dos notários e registradores estariam perfeitamente afeitas ao âmbito do direito comercial sob o aspecto subjetivo, ou seja, não é demais dizer-se que são eles possuidores de um Estabelecimento Comercial ou Fundo de Comércio assim definido por Fran Martins como sendo o conjunto de coisas perfeitamente individualizadas e autônomas, que se congregam, pela vontade do comerciante, a fim de possibilita-lo a exercer seu comércio, servindo de instrumento de suas atividades".

O jusfilósofo paulista, após breve digressão sobre o histórico da responsabilidade civil do Estado (objetiva desde o advento da Constituição de 1946, por seu art. 194), demonstra que o regime legal[76] de "dirigismo econômico", a que estavam submetidas as empresas álcool-açucareiras, levou "a sucessivos prejuízos até chegarem à exaustão". Diante desse fenômeno, expende as seguintes considerações, que, embora extensas, preferimos reproduzir para não desnaturar a clareza e percuciência do eminente jurista, *in verbis*: "É evidente que, quando o Estado assume o direito de controlar inteiramente dado setor da economia nacional, surge, concomitante, para ele, o *dever* de propiciar às entidades privadas controladas os meios indispensáveis ao seu sucesso econômico, tais como o *justo preço* das mercadorias produzidas (...). Esta soma de deveres constitui a *natural contrapartida* do 'dirigismo econômico' implantado pelo Estado, que não era obrigado a fazê-lo. Assim sendo, quando o órgão oficial, encarregado de compor o preço do açúcar e do álcool, age com erro ou negligência, ou até mesmo com *desvio de poder*, usando de sua competência para fins não inerentes à economia daqueles produtos, *a obrigação de indenizar surge incontinenti, ficando configurada a responsabilidade civil do Estado por ato omissivo ou comissivo*, tal como já foi exposto em parágrafos anteriores do presente parecer. (...) Assim sendo, a *omissão* de providências está caracterizada, existindo entre ela e o dano sofrido pelos consulentes um *nexo de causalidade evidente, uma vez que, no sistema de economia dirigida, como é o imperante no setor álcool-açucareiro, não dispõem os produtores de*

(76) As diretrizes e resoluções imperativas do IAA, respaldado pelo DL 3.855, de 21.11.1941 (Estatuto da Lavoura Canavieira), e pela Lei 4.870, de 1.12.1965, faziam com que dependessem sempre da política própria do Poder Público Federal (que planeja e administra a atividade produtora), por exemplo, "a fixação e atualização do preço dos produtos das empresas álcool-açucareiras". Assinala o mestre paulista, *in verbis*: "Verifica-se que estamos perante uma '*economia dirigida*' levada ao extremo, custando a crer tenha podido subsistir, como herança do Estado Novo, na vigência de Constituições como as de 1946 e 1967-69 que consagram a iniciativa privada como fulcro da economia nacional. '*Dirigismo econômico*' que se estrutura como '*dirigismo jurídico*' de natureza rígida e inflexível, visto não ser conferida por lei aos produtores qualquer alternativa, quer no sentido do aumento de sua produção, quer no recebimento de uma retribuição correspondente ao justo preço tanto do açúcar como do álcool".

outros recursos senão aqueles que, como vimos, são unilateral e soberanamente fixados pelo IAA. (...) No caso, aplica-se, por plausível analogia, o que ocorre quando o Estado constitui empresas concessionárias de serviço público garantindo-lhes *ex vi* do art. 167 da Carta Maior [de 1967-69], uma retribuição que permita 'a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegure o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Destarte, se a composição oficial dos preços do açúcar e do álcool conduziu as empresas consulentes a uma situação deficitária, é dever do IAA, não apenas de natureza moral, mas de ordem jurídica, proceder incontinenti a uma revisão dos parâmetros até agora adotados, a fim de que se restabeleça justa correlação entre os custos reais de produção e os preços do produto, *conditio sine qua non* para que lhes sejam reconhecidas as garantias outorgadas às concessionárias de serviço público. Não se diga que esse paralelismo entre as empresas sujeitas ao dirigismo econômico e as concessões de serviço público seja artificial. Ao contrário. Na realidade, ambas correspondem a formas de intervenção no domínio econômico, sendo que, no primeiro caso, é o Estado que recorre a empresas para a realização descentralizada de um serviço público; e, na segunda hipótese, é o Estado que interfere no campo de atividades de caráter privado, para, de certo modo, publicizá-las, privando-as da 'liberdade de iniciativa', à qual é inerente de livre produção e comercialização. (...) A atualização dos preços dos produtos em bases reais, reescalonamentos das dívidas e garantias de créditos, através de adequadas providências, eis o caminho ditado pelo imperativo de *boa fé*, primeiro dever da Administração Pública" (grifos no original).

Não se pode negar que, no caso de notários e registradores privados, o Estado deve cuidar para que aqueles recebam retribuição compatível com a importância da atividade que exercem e com a responsabilidade que possuem.[77] A remuneração deve permitir, também, o melhoramento

(77) Acresce que as incompatibilidades, impostas por lei, ao exercício de atividade advocatícia ou de função pública, que poderia contribuir com o sustento próprio do titular do cartório, fazem com que a atividade notarial e registral, em decorrência também da grave responsabilidade que encerra, demande dedicação quase que exclusiva do seu titular. A esse respeito, vale a pena verificarmos o disposto no *caput* do art. 25 da Lei 8.935/1994, *in verbis*: "O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da

da qualidade e da eficiência dos serviços públicos prestados e assegurar o equilíbrio econômico-financeiro para a prestação de tal múnus público. Tudo isso, em observância ao dispositivo constitucional que determina a execução de serviços notariais e de registro em caráter privado (art. 236, *caput*).

Por fim, para encerrar o presente item deste trabalho, vale a pena mencionar que, na época do Brasil Império, o Dec. 3.453, de 26 de abril de 1865, que regulou o oficialato do Registro Geral das Hipotecas, reformulado pela Lei 1.237, de 24 de setembro de 1864, deu ensejo à edição do Aviso 31, de 26 de janeiro de 1871,[78] o qual representou um considerável precedente sobre a responsabilidade do Estado em face dos prejuízos sofridos por oficiais de registro, a saber: "É permittido aos Officiaes do Registro Geral das Hypothecas cujos rendimentos forem diminutos, indemnisarem os cofres publicos da importancia dos livros que lhes forem fornecidos, mediante prestações marcadas pelas Presidencias das Províncias".

2.4 A condição de servidor público para certos efeitos

Muito embora haja divergência doutrinária relativamente à natureza pública ou privada dos serviços notariais e de registro, mesmo antes da publicação da Lei 8.935/1994, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já firmara entendimento de que os titulares de serventias extrajudiciais são detentores de delegação de serviço público. Após o advento da referida lei, o julgado em que tal posicionamento restou novamente enunciado foi no RE 178.236/RJ, publicado no *DJ* de 11.04.1997, sob a relatoria do Min. Octávio Gallotti, com a seguinte ementa: "Titular de Ofício de Notas da Comarca do Rio de Janeiro. Sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente

intermediação de seus serviços ou de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão".

(78) Este ato normativo é referido por Regnoberto Marques de MELO JÚNIOR (1998, p. 223-224). A preocupação do Estado alcançou, também, os oficiais do Registro Civil. A Lei federal 4.071-A, de 15 de junho de 1962, assegurou a estes registradores uma gratificação mensal de Cr$ 3.000,00 (três mil cruzeiros), que corria à conta do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, com a efetuação do pagamento por intermédio das Coletorias de Rendas Federais.

fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), bem como provido por concurso público – estão os serventuários de notas e registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (artigos 40, II, e 236 e seus parágrafos, da CF de 1988). Recurso que se conhece pela letra 'c', mas a que, por maioria de votos, nega-se provimento."

Cumpre mencionar que há reduzida corrente de doutrinadores que – equivocadamente, a nosso entender – sustenta serem notários e registradores agentes que desempenham serviço eminentemente privado, tal como profissionais liberais.[79] Esta corrente – capitaneada, no Brasil, pelo

(79) Confira-se, por exemplo, breve trecho do artigo de Bernardo BRAUNE (1997, p. 436), *in verbis*: "Tem-se que a já citada nova realidade dos antigos 'cartórios' conduz-nos a concluir que os atuais tabeliães e registradores passaram a exercer sua atividade com total liberdade no que tange à gestão administrativa, funcional e financeira, devendo ser encarados como exercendo funções efetivamente privadas e por Delegação do Poder Público." O constitucionalista Pinto FERREIRA (1995, p. 491-494) também acompanha tal entendimento, *in verbis*: "Em conclusão, a nova sistemática prevista na CF de 1988 integrou de modo claro o notariado e os oficiais de registro no sistema jurídico que lhes atribui o estatuto de profissão liberal; qualificou os serviços notariais e os de registro como sendo de caráter privado por delegação do Poder Público (...)". O professor gaúcho Décio Antônio ERPEN (1999a, p. 104), citando escólio de Antônio Albergaria PEREIRA (*A Constituição coragem e o notariado brasileiro*, 1989), menciona que este autor foi um dos primeiros juristas a enfrentar a exata classificação das atividades notarial e registral, "o qual [Albergaria Pereira] asseverou que, em se cuidando de atividade em caráter privado, o notário o fazia em caráter privado, sendo que a substância do serviço era, igualmente, de conteúdo privado, onde prevalecia a vontade da parte. Ora, conclui o preclaro jurista, o vocábulo privado é 'oposto aos serviços públicos' (p. 34)". Com efeito, Antônio Albergaria PEREIRA (1989, p. 34-35) entende que, segundo o preceito constitucional, os serviços notariais são de natureza privada pelos seguintes motivos: a) são exercidos em caráter privado; b) são exercidos por um agente privado, que é o notário; c) o conteúdo e a substância de tais serviços são eminentemente privados, pois todos eles relacionam-se com as atividades privadas dos indivíduos. Todas as atividades notariais estão disciplinadas pelo direito civil, que é um direito eminentemente privado; d) predomina, nos serviços, notariais, a vontade dos indivíduos. O notário, como agente delegado do Poder Público, participa dos mesmos exclusivamente para formalização da vontade das partes. A delegação e fiscalização do exercício de tais atividades pelo Poder Público não os transmudam em serviços públicos.

jurista cearense Cláudio MARTINS (1974, p. 70-71) – critica o fato de que "muitos entendem que a fé pública é emanação do poder certificante do Estado e só por delegação deste o notário a exerceria. Nesse caso, o notário seria mero funcionário público, pois estaria exercendo, por delegação, uma função pública. (...) No entanto, também o médico, o corretor oficial e o tradutor público certificam com fé de ofício. E nem por isso são funcionários públicos. Funcionário público é o que age em nome e sob a imediata responsabilidade do Estado". Discordamos deste entendimento de que tabeliães e registradores desempenham atividade privada. Efetivamente, no caso dos serviços notariais e de registro, conforme dispõe a própria Constituição Federal (em seu art. 236), certificar ou dar fé é poder do Estado, que, por meio de agente público delegado, autentica, registra e expede certidões com o valor de instrumentos públicos.

É certo que, até pouco tempo atrás, conforme leciona PUGLIESE (1989, p. 37), para a grande maioria dos doutrinadores e intérpretes, o notariado brasileiro classificava-se como categoria de funcionários públicos. Argumentam, ainda hoje, os adeptos desta corrente, nos dizeres de Ana Cristina de Souza MAIA (2002, p. 8), que o ingresso na atividade notarial se dá somente por meio de concurso público, que é meio próprio para a admissão no serviço público. Os cartórios fazem as vezes de órgãos públicos criados por lei, em número certo, com denominação própria e seus ocupantes são remunerados à custa de verba pública (emolumentos fixados por lei). Ademais, conforme disposto no art. 25 da Lei 8.935/1994, é proibida a acumulação do exercício da atividade notarial ou registral com a ocupação de qualquer cargo público. Outrossim, os serviços cartorários são revestidos de um caráter de autoridade, concedido pelo Estado, que confere fé pública aos atos ali praticados, implicando, assim, o traço essencialmente público dos referidos serviços. E, é por essa razão que as atividades concernentes ao Registro Civil das Pessoas Naturais no exterior são praticadas pelos cônsules do Brasil, já que se trata do exercício de parcela da autoridade do Estado, o que acentua ainda mais a oficialidade de tais serviços.

Para outros, anteriormente em minoria, notários e registradores não devem ser enquadrados como servidores públicos, sendo particulares que, por delegação, exercem a função pública que lhes foi cometida, tal como

o fazem leiloeiros, tradutores, permissionários e concessionários de serviços públicos.[80]

2.4.1 A aposentadoria compulsória aos 70 anos

Quanto à aposentadoria compulsória aos setenta anos dos titulares de cartórios extrajudiciais, essa modalidade de extinção da delegação não está prevista explicitamente na Constituição Federal nem na lei, mas nossa Suprema Corte vinha, até bem recentemente, entendendo, reiteradamente, ser tal instituto (previsto no art. 40, § 1°, II, da CF) aplicável também aos titulares de cartórios não-oficializados.[81]

(80) Ao tratar da antiga "corrente minoritária" que classifica notários e registradores como particulares em colaboração com o Estado, PUGLIESE (1989, p. 37-38) menciona a doutrina de Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello e dele próprio, Roberto Pugliese. Flauzilino dos SANTOS (1997, p. 2) ensina que, "até a promulgação da Constituição Federal de 1988, os titulares e funcionários das serventias extrajudiciais eram considerados, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, como 'servidores públicos'". Acrescenta Ana Cristina de Souza MAIA (2002, p. 7) que, "na sistemática do nosso direito anterior, as serventias eram oficializadas, ou seja, faziam parte da estrutura do Estado e, dessa forma, os seus titulares eram funcionários públicos. Nesta condição, eram submetidos às normas administrativas próprias dos servidores estatais, se sujeitando a um estatuto e a todos os privilégios e restrições comuns à categoria".

(81) Conforme disposto no art. 39 da Lei 8.935/1994, *in verbis*: "Extinguir-se-á a delegação a notário ou a oficial de registro por: I – morte; II – aposentadoria facultativa; III – invalidez; IV – renúncia; V – perda, nos termos do art. 35 [por sentença judicial transitada em julgado ou decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa]; VI – descumprimento, comprovado, da gratuidade estabelecida na Lei 9.534, de 10 de janeiro de 1997. § 1° Dar-se-á aposentadoria facultativa ou por invalidez nos termos da legislação previdenciária federal. § 2° Extinta a delegação a notário ou a oficial de registro, a autoridade competente declarará vago o respectivo serviço, designará o substituto mais antigo para responder pelo expediente e abrirá concurso." Além disso, outro aspecto importante de se notar é o fato de que, nos termos do art. 40 da Lei 8.935/1994, notários e registradores são submetidos ao regime geral de previdência social centralizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS – autarquia federal). Vale dizer, ainda, que tramitou no Parlamento Nacional e foi aprovado Projeto de Lei tendente a afastar, expressamente (por meio de alteração do § 1° do art. 39 da Lei 8.935/1994), a aposentadoria compulsória dos titulares de

A rigor, a obrigatoriedade da aposentadoria, por mais que não representasse uma presunção de invalidez, vinha sendo enxergada como uma forma de evitar a existência de perpetuidade na delegação ou exercício de um serviço público. A propósito, o art. 2º da Lei 8.987/1995 (que dispõe sobre o regime de concessões e permissões de serviços públicos previsto no art. 175 da CF) preceitua que as concessões de serviços públicos (inciso I, do referido art. 2º), bem como as concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública (inciso II) serão sempre delegadas "por prazo determinado".

Não resta dúvida de que a função notarial e registral encerra a execução de serviço público, em que pese o *caput* do art. 236 da CF dispor que os serviços notariais e de registro sejam *exercidos em caráter privado*, por delegação do Poder Público. Sobre o tema, com o brilhantismo que lhe é peculiar, assim preleciona o eminente magistrado José Renato NALINI (1991, p. 19), *in verbis*:

"O notariado brasileiro é o do tipo latino. O notário é um funcionário público a título *sui generis*, pois remunerado diretamente pela parte, mediante custas e emolumentos. Além disso, é titular da fé pública e está vinculado ao Poder Judiciário, que lhe fiscaliza os atos de ofício e exerce disciplina administrativa.

"A Constituição da República não inovou a respeito. A delegação apenas restou explicitada na lei fundamental. Continuam os notários exercentes de função pública. 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."

A Constituição Federal, ao determinar que se exerça a função pública (notarial e de registro) em caráter privado, vale-se do instituto da delegação para atribuir a particulares o exercício de serviço público. A melhor doutrina a respeito de agentes públicos define-os, genericamente, como sujeitos que servem ao Estado (Poder Público) na condição de

cartórios não-oficializados por implemento de idade. Trata-se do Projeto de Lei 86 de 1996 (1.536/1996 na Câmara dos Deputados). Nada obstante a aprovação parlamentar na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, o Presidente da República, por meio da Mensagem 1.414, de 20 de dezembro de 2001, vetou integralmente, por inconstitucionalidade, o referido PL 86/1996.

instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.

Os agentes públicos são, assim, pessoas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. A competência ou atribuição do agente constitui a natureza da função e o limite do poder para o seu desempenho; encerrando o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos,[82] para satisfação de interesses públicos. Segundo Pinto FERREIRA (1995, p. 473), dois requisitos distinguem os agentes públicos, a saber: a natureza pública da função, requisito de natureza objetiva, e investidura na função, requisito de natureza subjetiva.

Levando-se em conta o conceito mencionado, cumpre salientar que os agentes públicos são, geralmente, classificados nas seguintes categorias, a saber: a) *agentes políticos*: componentes do Governo nos seus primeiros escalões, para o exercício de atribuições constitucionais; formadores da vontade superior do Estado; investidos em seus cargos, normalmente, mediante eleição ou, no caso dos ministros e secretários, mediante nomeação; b) *agentes administrativos* (servidores ou funcionários públicos): subdivididos em servidores estatutários (tendo suas atividades reguladas por regimes jurídicos especiais e, em âmbito federal, pela Lei 8.112/1990); empregados públicos (que têm suas atividades pactuadas com base nas regras celetistas) e servidores temporários (com regime disposto na Lei 8.745/1993, com as alterações da Lei 9.849/1999); e c) *particulares em colaboração com o Poder Público* (sem vínculo empregatício, recebendo ou não remuneração pelo desempenho das atividades): subdivididos em agentes honoríficos (chamados a exercerem, a título de contribuição cívica, função

(82) A presente definição doutrinária reforça o argumento por nós apontado no item concernente à necessidade de autorização legislativa para a criação e extinção de serventias extrajudiciais, ou seja, uma vez que notários e registradores são agentes públicos em sentido lato e que estes devem ter suas atribuições (competências) definidas em lei, entendemos que a fixação territorial das atribuições dos cartórios, sua criação e extinção, por serem matérias afetas à organização dos serviços notariais e registrais, devem ser reguladas mediante lei em sentido estrito.

pública mediante requisição, nomeação ou designação, como jurados, mesários eleitorais e recrutados para o serviço militar obrigatório); agentes que espontaneamente assumem a gestão da coisa pública, diante de situações anômalas, para acudir as necessidades públicas prementes, como os gestores de negócios; agentes contratados por locação civil de serviços (como, por exemplo, um advogado ilustre contratado para a confecção de parecer em processo de interesse do Estado) e agentes delegados (empresas concessionárias, pessoas permissionárias, titulares de serviços notariais e de registro não-oficializados,[83] leiloeiros, tradutores e intérpretes).

Releva considerar que, modificando por completo o seu tradicional posicionamento, na sessão plenária de 3 de abril de 2003, no julgamento da ADIn 2.602/MG, sob a relatoria do Min. Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal deferiu, à unanimidade de votos, o pedido liminar deduzido pela Associação de Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR –, no sentido de declarar a inconstitucionalidade do Provimento 55, de 5 de julho de 2001, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais (vide Informativo STF 303 e *DJ* de 06.06.2003). O referido ato normativo determinava que os juízes diretores do foro das comarcas mineiras exercessem rigorosa fiscalização quanto ao implemento da idade de 70 (setenta) anos pelos oficiais de registro e tabeliães e que exarassem o ato de declaração de vacância do serviço notarial ou de registro, bem como que designassem, por meio de portaria, o substituto mais antigo que estivesse em exercício legal, para responder pelo expediente do respectivo serviço.

Esse novo posicionamento de nossa Corte Suprema fundamenta-se na mutação constitucional operada pela EC n. 20/1998, uma vez que a regra (art. 40 da CF) que se referia apenas a *servidores públicos* passou a tratar de *servidores titulares de cargos efetivos*. A evolução jurisprudencial já havia sido iniciada em meados do mês de março de 2003, nas solicitações de medidas liminares para se conferir antecipação de tutela a recursos extraordinários que ventilaram o tema da aposentadoria

(83) Considerando os titulares de serviços notariais e de registro como agentes públicos por delegação ou em colaboração com a Administração, veja BANDEIRA DE MELLO (2001, p. 233), DI PIETRO (1999, p. 419/420), GASPARINI (2001, p. 154) e MEIRELLES (1994, p. 76).

compulsória de notários e registradores do Estado de São Paulo. Por exemplo, na questão de ordem da Petição 2.890/SP, sob a relatoria da Min. Ellen Gracie, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 18.03.2003, deferiu, à unanimidade, a medida cautelar requerida pela antiga oficiala que, antes da aposentação compulsória, exercia a titularidade do 10º Ofício de Registro de Imóveis da Capital de São Paulo. A concessão da mencionada medida impediu, em um primeiro momento, a delegação de tal serventia para qualquer recém-concursado, até o julgamento final do respectivo recurso extraordinário. Igual entendimento prevaleceu no julgamento da questão de ordem na Petição 2.903/SP, apreciada pela mesma 1ª Turma, na sessão de 01.04.2003, sob a relatoria do Min. Moreira Alves.

Reforçando o entendimento firmado no recente *leading case* representado pela ADIn 2.602/MG, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 04 de junho de 2003, sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, deferiu, por unanimidade de votos, medida cautelar na ADIn 2.891/RJ (publicada no *DJ* de 27.06.2003), para declarar a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 3893/2002 do Estado do Rio de Janeiro, que estendia aos tabeliães e registradores regime jurídico do quadro único de servidores do Poder Judiciário local. Ratificou-se, assim, a inexistência de compulsoriedade na aposentadoria por implemento de idade para os titulares de serviços notariais e de registro exercidos em caráter privado.

2.4.2 *A legitimidade para integrar o pólo passivo de ação mandamental na condição de autoridade coatora e a condição de funcionário público para os efeitos penais*

A noção de agente público não é construção teórica de caráter meramente didático-acadêmico, mas tem repercussão no ordenamento jurídico positivo. Com efeito, é por meio da categorização de agentes públicos que se legitima que um tabelião ou registrador integre o pólo passivo de um mandado de segurança, figurando como autoridade coatora.[84]

(84) Por entendermos que haja uma relação de direito público envolvendo o vínculo entre o tabelião (ou registrador) e o usuário dos serviços notariais e de

Ademais, veremos que a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal e pela maioria das cortes e juízes nacionais, no sentido de que o Estado responde, diretamente, por prejuízos causados por titulares de cartórios, decorre, basicamente, do entendimento de que tabeliães e registradores são agentes públicos, para os efeitos de responsabilidade civil do Estado (CF, art. 37, § 6º), bem como funcionários públicos, para fins criminais.[85]

2.4.3 A ilegitimidade da Confederação Nacional das Profissões Liberais para propor ação direta defendendo interesses de notários e registradores

Cumpre ressaltar, ainda, que, por serem notários e registradores considerados agentes públicos, as entidades de classe de âmbito nacional que representam os interesses de profissionais liberais (por exemplo, a Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL) não têm legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade debatendo matéria afeta, exclusivamente, aos interesses de titulares de serventias extrajudiciais. Tal se deve porque as entidades de classe de âmbito

registro, não concordamos com o posicionamento de Cláudio MARTINS (1974, p. 26), quando leciona, *in verbis*: "A atividade notarial é de natureza privada, pois se exaure no plano das relações *ex voluntate*. Logo, aquele que a exerce legalmente, em seu próprio nome e sob sua exclusiva responsabilidade, é, inequivocamente, um oficial público autônomo. O argumento, se aceito, impõe uma única conclusão: *a relação jurídica notarial é de direito privado*".

(85) Assim dispõe o art. 327 do Código Penal brasileiro (DL 2.848, de 7 de dezembro de 1940): "Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal. § 2º. A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público." Quanto à jurisprudência do STF, considerando notários e registradores como funcionários públicos, ver RE 141.347-6/SP (sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence da 1ª Turma do STF, julgado em 11.02.1992) e HC 74.131/MG (sob a relatoria do Min. Moreira Alves da 1ª Turma do STF, julgado em 18.02.1997).

nacional, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para ajuizarem ações diretas de inconstitucionalidade, devem demonstrar pertinência temática entre a matéria disposta na norma impugnada e os objetivos institucionais específicos da entidade. Considerando que notários e registradores, segundo as majoritárias doutrina e jurisprudência, não são profissionais liberais,[86] sintomática é a conclusão de que seus interesses não poderão ser, judicialmente, apresentados pela CNPL.

2.4.4 A possibilidade de cumulação das atividades notariais e de registro com o mandato de vereador

Além disso, é interessante mencionar que, na ADInMC 1.531/DF (sob a relatoria do Min. Néri da Silveira),[87] por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal, partindo da premissa de que os titulares das serventias extrajudiciais são servidores públicos em sentido lato, declarou a inconstitucionalidade sem redução de texto da norma disposta no § 2º, do art. 25, da Lei 8.935/1994, em face do inciso III (1ª parte), do art. 38, da CF. Ficou assegurado, assim, que o tabelião ou o registrador, na condição de servidor público, caso seja eleito e investido no mandato de vereador, havendo compatibilidade de horários, poderá continuar percebendo as vantagens de sua função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo.[88]

(86) Tabeliães e registradores não são profissionais liberais, basicamente, pelos seguintes motivos: além de exercerem atividades incompatíveis com o exercício da advocacia (Lei 8.906/1994, art. 28, IV, e Lei 8.935/1994, art. 25), não se pode conceber que indivíduos que prestam concurso, que são nomeados e podem ser removidos, sejam considerados liberais. Ademais, uma das características das profissões liberais é que não há um número definido e fechado de profissionais em uma certa atividade. Acresce o fato de notários e registradores não poderem se negar a prestar o serviço público requerido, caso este esteja revestido de legalidade. Quanto aos precedentes jurisprudenciais, vejam-se os julgamentos na ADIn 1.792/DF (sob a relatoria, para o acórdão, do Min. Nélson Jobim, julgada em 5 de março de 1998 – Informativo STF 101) e ADIn 2.482/MG (sob a relatoria do Min. Moreira Alves, julgada em 2 de outubro de 2002 – Informativo STF 284).

(87) Cf. Informativo do STF 154, Título: Notários/Oficiais de Registro e Mandato Eletivo (ADInMC 1.531/DF, Plenário de 24.06.1999).

(88) Dispõem as normas mencionadas, *in verbis*: "Art. 38, III, da CF: O servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de

Percebemos, assim, que o Supremo Tribunal Federal estabelece, para certos efeitos (tais como: aposentadoria compulsória aos setenta anos, qualificação de tipos penais, cumulatividade de sua função com cargo eletivo e, como veremos, a responsabilidade civil do Estado a que se refere o § 6º do art. 37 da CF), que os titulares das serventias notariais e de registro são equiparados a servidores públicos.

Por outro lado, nossa Corte Maior admite a criação de serventias extrajudiciais por ato administrativo, equiparando os cartórios de notas e registro a concessões ordinárias de serviços públicos, tais como as de transporte coletivo ou de energia elétrica, que, para sua criação, independem de lei, encontrando-se a sua execução na dependência tão-somente do ato concessório, que é formalizado em favor do vencedor da respectiva licitação.

Diante deste cenário, explicitamos as dificuldades em classificar os emolumentos cartorários como categoria de tributo (na espécie de taxa), uma vez que não se pode admitir, em nosso sistema, um tributo destinado a entidades privadas. Com efeito, a competência tributária é indelegável. De qualquer forma, com o advento da lei geral de emolumentos (Lei 10.169/2000), resta claro que a remuneração de tabeliães e registradores deve ser fixada por lei, respeitado o princípio da anterioridade.

Resta-nos, porém, mais uma indagação: uma vez que, segundo entendimento jurisprudencial tradicional, aplicava-se aos titulares das serventias extrajudiciais não-oficializadas o disposto no inciso II, do § 1º, do art. 40, da CF (impondo a aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade), aplicar-se-ia, também, a restrição remuneratória disposta no inciso XI do art. 37 da mesma CF (que impõe limite remuneratório

mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições: (...) III – investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior" e "Art. 25, § 2º, da Lei 8.935/1994 – Art. 25. O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão. § 2º. A diplomação, na hipótese de mandato eletivo, e a posse, nos demais casos, implicará no afastamento da atividade."

"aos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios", para que a remuneração não exceda "o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal")?

2.4.5 A não-submissão da remuneração de notários e registradores ao teto do funcionalismo público

Devemos perceber que o disposto no mencionado art. 40, nos estritos termos da Constituição Federal (com redação dada pela EC n. 20, de 15.12.1998), disciplina a aposentadoria, especificamente, para os "servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as autarquias e fundações". Por seu turno, o citado inciso XI do art. 37 (com redação dada pela EC n. 19, de 04.06.1998) normatiza hipótese muito mais abrangente, referindo-se aos "ocupantes de cargos, funções e empregos públicos (...)" e não há como negar que tabeliães e registradores exercem função pública.

Por imperativo de coerência lógica, seríamos levados à conclusão de que haveria, sim, um teto remuneratório aos titulares de cartórios extrajudiciais não-oficializados,[89] sendo que o art. 28 da Lei 8.935/1994

(89) Tal linha de argumentação (no sentido de que, aos titulares das serventias não-oficializadas, dever-se-ia aplicar a limitação remuneratória insculpida no inciso XI, do art. 37, da CF) foi utilizada pelo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, na Representação 004.429/1999-0 (sob a relatoria do Min. Adylson Motta), que deu azo à decisão 345/2000 do Tribunal Pleno desta Corte de Contas, em 26 de abril de 2000, apreciando o mérito e considerando improcedente o pedido deduzido. Analisou-se, também, a sujeição dos titulares dos cartórios não-oficializados do Distrito Federal à jurisdição do Tribunal de Contas da União. Segundo o douto representante do Ministério Público, os serviços notariais e de registro, uma vez que se vinculam à organização administrativa do Poder Judiciário, no Distrito Federal, têm índole de serviços públicos da União (por força do que dispõem os arts. 21, XIII, e 22, XVII, ambos da CF), tanto é que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal integra a Justiça da União e está sob jurisdição do TCU, fazendo parte da "clientela" desta Corte. Além disso, *o parágrafo único, do art. 70, da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda*

(que determina a recepção integral dos emolumentos) haveria de receber "interpretação conforme", para se adequar aos limites estipulados na Constituição Federal.

Ademais, se partirmos da premissa de que os emolumentos são taxas (receitas públicas compulsórias vinculadas à prestação de serviço público) e que, em certas unidades da Federação (como no Acre e na Bahia) existem serventias oficializadas (em decorrência do art. 32 do ADCT), em que se cobram os mesmos emolumentos exigidos para remunerar serventias não-oficializadas, conclui-se que os titulares daqueles cartórios (oficializados), que exercem as mesmas atribuições (notariais e registrais) e que recebem diretamente dos cofres públicos, deveriam perceber remuneração líquida equiparável aos titulares de serventias não-oficializadas. Afigurar-se-ia desimportante o fato de os recursos remuneratórios dos serviços notariais e de registro serem, ou não, diretamente pagos pelos cofres públicos. Importaria saber se a natureza de tais valores é receita pública ou privada.

Uma vez que os titulares de cartórios oficializados são servidores públicos, com estipêndios limitados ao teto do funcionalismo público (por força do disposto no inciso XI, do art. 37, da CF), a princípio, poder-se-ia concluir que os tabeliães e os registradores "particulares"

Constitucional 19, de 1998) é expresso ao dispor que, in verbis: "Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária". Ora, se os emolumentos cartorários têm, realmente, como entende o Supremo Tribunal Federal, natureza de receita pública, a conclusão lógica seria a competência do TCU para analisar as receitas dos cartórios não-oficializados do Distrito Federal. O TCU, ao julgar improcedentes os pedidos deduzidos na Representação ministerial e acolhendo o estudo feito pela assessoria técnica (5ª SECEX), entendeu inadequada a proposta de se restituir aos cofres da União o excedente arrecadado, aventando, a título de argumentação, a hipótese de ocorrência de carência de recursos nas serventias extrajudiciais, se igualmente seria responsabilidade da União Federal sua cobertura. Ademais, quanto à fiscalização das receitas cartorárias do Distrito Federal pelo TCU, entendeu que a percepção de emolumentos pelos titulares das serventias não-oficializadas (remunerados diretamente pelos interessados nos serviços notariais e de registro) nem o exercício de suas titularidades estão no âmbito da jurisdição desta Corte de Contas.

(ocupantes de serventias não-oficializadas), de fato, não poderiam, após o pagamento de todas as despesas da serventia (com funcionários e manutenção da infra-estrutura), perceber remuneração maior do que a recebida por um tabelião ou registrador público. Afinal de contas, a taxa (tributo vinculado que é) deve refletir o efetivo custo do serviço prestado.

Considerando que tabeliães ou registradores públicos e privados desempenham, praticamente, as mesmas atividades (serviços públicos notariais e de registro), não é crível que o ordenamento admita que haja uma assimetria muito grande entre o que o Poder Público paga ao seu servidor (tabelião ou registrador público), que, via de regra, é bem remunerado em face do importante múnus público que exerce, e o que o particular aufere, mensalmente, por meio da percepção de "verba pública" (taxa, emolumentos), em uma serventia não-oficializada. Tais argumentos parecem conspirar a favor da tese de que, em princípio, aos tabeliães e registradores privados, se lhes seria aplicável à restrição contida no mencionado inciso XI, do art. 37, da CF.[90]

(90) A respeito da confusão dos estipêndios percebidos por tabeliães e registradores públicos (funcionários públicos, remunerados pelos cofres públicos) e titulares privados de serventias extrajudiciais (particulares em colaboração com o Estado, remunerados, diretamente, pelos emolumentos), menciona Regnoberto MELO JÚNIOR (1998, p. 236), *in verbis*: "As caríssimas custas forenses, a partir de Regimentos de custas estaduais, eram, por força dos mesmos Regimentos, vinculadas aos emolumentos notariais e registrais, todos previstos na lei de custas e emolumentos estaduais. Quando subiam os emolumentos notariais, subiam-se forçosamente as custas. Os escrivães recebiam, diretamente, das partes as custas forenses como sua remuneração. Para o leigo, não havia diferença entre aquele dinheiro pago ao escrivão (custas), daquele pago ao notário para um reconhecimento de firma (emolumentos). O povo via nisso a 'usurpação' de uma verba pública, e, conseqüentemente, a antipatia aos cartórios não respeitava distinções entre notários, registradores e escrivães". Ressalta, ainda, MELO JÚNIOR que o jurista Haroldo Valladão, em discurso inflamado, intitulado "Homenagem a Teixeira de Freitas pela OAB e pelo Professor Haroldo Valadão" (*História do direito – especialmente do direito brasileiro*. Rio de Janeiro, 9: 116-121, set./1995), lutava pela reforma radical na organização judiciária, asseverando, *in verbis*: "Pleiteei e pleiteio a supressão de cartórios, desatualizados, complicados, demorados, feudos com rendimentos superiores aos do Presidente da República".

Não é essa, todavia, nossa opinião. Entendemos que não se deve aplicar a notários e registradores privados o teto remuneratório do funcionalismo público, uma vez que cabe ao titular da serventia extrajudicial não-oficializada a responsabilidade pelo gerenciamento administrativo dos serviços, bem como pela contratação de seus prepostos (Lei 8.935/1994, arts. 20, 22 e 28). Sabido é, também, que, em face da natureza privada, em que se exercem os serviços notariais e de registro, o tabelião ou registrador assume o risco de experimentar déficit na serventia em que atua, não percebendo, a cada mês, quantias fixas de remuneração.

Outrossim, usando o mesmo argumento de que os emolumentos têm natureza de taxa (tributo vinculado), caso a remuneração dos titulares ficasse circunscrita ao teto do funcionalismo público, a devolução e redirecionamento dos "emolumentos supostamente excedentes" aos cofres públicos não seria razoável, haja vista que tal fato não teria nenhuma vinculação com os serviços prestados e descaracterizaria, assim, essa espécie tributária vinculada.

Além disso, pelo aspecto operacional, mostrar-se-ia deveras difícil quantificar o excedente arrecadado. Com efeito, o custeio de um cartório não se resume ao pagamento da remuneração do titular. Deve-se levar em consideração que, pelo fato de a lei determinar que se precisa manter o funcionamento do serviço, com qualidade e eficiência (Lei 8.935/1994, art. 4º, *caput*), o titular possui um certo grau de discricionariedade, não só na busca de melhores equipamentos, mas, principalmente, na contratação de seus auxiliares para a prestação desses serviços, para o que não há limite de remuneração. Cumpre salientar que a contratação de prepostos envolve grande risco ao titular e deve ser objeto de ostensiva preocupação, uma vez que, conforme dispõe o art. 22 da Lei 8.935/1994, *in verbis*: "Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia (...)".

O dispositivo normativo contido no inciso XI, do art. 37, da CF deve restringir sua aplicabilidade aos agentes públicos que recebem remuneração, diretamente, dos cofres públicos. O constituinte originário estabeleceu, à exceção dos cartórios que foram oficializados antes da

promulgação da Constituição de 1988 (hipótese em que a responsabilidade com a manutenção da infra-estrutura da serventia e a contratação dos funcionários a ela vinculados é, exclusivamente, do Estado, na dicção do ADCT, art. 32), que tais atividades devem ser exercidas em caráter privado, no firme propósito de que a receita auferida, bem como as despesas de custeio e de investimentos sejam gerenciadas pelo oficial titular da serventia. Quem tem o ônus e a responsabilidade de administrar deve auferir o bônus advindo de sua administração.

Outrossim, tabeliães e registradores, muito embora sejam agentes públicos (por delegação), não se enquadram na definição de servidores públicos nem ocupam cargo público em sentido estrito. A Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, preceitua, em seu art. 3º, *in verbis*: "Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e *vencimento pago pelos cofres públicos*, para provimento em caráter efetivo ou em comissão" (g.n.).

Releva mencionar, também, quanto à aplicação do teto do funcionalismo aos notários e registradores, que tal matéria já foi ventilada no Supremo Tribunal Federal e restou consolidado o entendimento de que a restrição remuneratória não se aplica àqueles que percebem estipêndios não provenientes dos cofres públicos. Estamos a nos referir aos RE 86.100/RJ (Rel. Min. Cordeiro Guerra, julgado na sessão plenária de 26.3.1980, *RTJ* 94/661); 85.461/RJ (Rel. Min. Décio Miranda, RTJ 94/244); 86.599/RJ (Rel. Min. Décio Miranda) e, finalmente, ao recém-analisado RE 92.608/RJ (Rel. Min. Néri da Silveira, decisão monocrática de 08.08.2001, publicada no *DJ* de 10.10.2001).

Todos os quatro precedentes jurisprudenciais mencionados declaram a inconstitucionalidade da Lei 2.085-A, de 5 de setembro de 1972, do antigo Estado da Guanabara, em seu art. 42 e respectivo parágrafo único, a qual determinou que os titulares de cartórios não-oficializados recolhessem aos cofres públicos o excesso de renda líquida,

"tomada para tanto a remuneração percebida por Ministro do Supremo Tribunal Federal". O argumento da referida inconstitucionalidade foi, basicamente, o desrespeito ao direito adquirido à percepção da integralidade dos emolumentos devidos em decorrência dos atos notariais e registrais praticados.

2.5 O regime especial dos institutos jurídicos relacionados às atividades notariais e de registro

Antes de encerrarmos o presente capítulo e adentrarmos, especificamente, na análise da responsabilidade de notários e registradores, bem como a do Estado, em decorrência de atos praticados nas serventias extrajudiciais não-oficializadas, mister se faz, ainda, problematizar, em breves linhas, a categorização empreendida acima, no sentido de que, conforme entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal, se deva incluir tais profissionais do direito na espécie de agentes públicos (particulares em colaboração com o Poder Público) e, por isso, o Estado seja responsável diretamente pelos prejuízos advindos do desempenho funcional de tais agentes (conforme estabelecido no § 6°, do art. 37, da CF).

O método de compreensão dos institutos jurídicos guarda, entre suas características, a sistemática de agrupar fenômenos sob categorias teóricas, de tal forma que estes agrupamentos compõem uma determinada natureza jurídica, que servirá de paradigma caracterizador de seus elementos. No entanto, a correção científica desta metodologia é questionável e vem perdendo a posição central que ocupava nas preocupações doutrinárias.

Com efeito, a tentativa de inserção dos fenômenos jurídicos num grupo preestabelecido (numa natureza jurídica) redunda, não raras vezes, em esforço intelectual infrutífero, uma vez que se aceita a categoria como paradigma de explicação (e limite de aplicação) do fenômeno. Assim, de paradigma de explicação semântica, a natureza jurídica passa a constituir um obstáculo epistemológico, impedindo que novos fenômenos sejam compreendidos ou que conseqüências específicas de um fenômeno sejam admitidas. Nesta situação, a categorização do fenômeno implica a aceitação (ou imposição) dos limites à sua utilidade. Esta

categorização é, portanto, elaborada tendo-se em vista a determinação da fronteira pretendida para um determinado fenômeno jurídico.

No caso das atividades notariais e de registro, por se situarem em zona fronteiriça entre o público e o privado, as dificuldades que permeiam o esforço de categorização de seu regime jurídico se potencializam. A existência de agentes que recebem delegação de serviço público, para exercê-lo em caráter eminentemente privado, mas que constituem instrumentos de ação do Estado (e, por isso, estão sujeitos em boa parte a uma disciplina publicística), não se acomoda facilmente no pensamento jurídico estruturado sobre a dicotomia entre direito público e privado.[91]

Como bem observa Tadeu Rabelo PEREIRA (2001, p. 81), a solução buscada nos esquemas de direito privado (como, por exemplo, a expressa privatização dos cartórios extrajudiciais, determinada pela Constituição de 1988) coloca uma série de questões jurídicas a serem equacionadas, em virtude, principalmente, da divisão entre direito público e privado, adotada nos sistemas jurídicos de origem romano-germânica; dicotomia essa que foi especialmente reforçada pelo pensamento liberal como reflexo da separação estabelecida entre o Estado e a sociedade.

Nada obstante sejam desferidas inúmeras críticas à suposta distinção, "confusa e sem nitidez", entre a esfera pública e a privada, de onde surgem campos jurídicos intermediários (nem públicos nem privados), impugnando a utilidade dos tradicionais conceitos dogmáticos, Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR (1994, p. 138) chama a atenção para o fato de que "a dicotomia ainda persevera, pelo menos por sua operacionalidade pragmática". Segundo o filósofo e causídico paulista, a distinção permite uma sistematização: o estabelecimento de princípios teóricos

(91) Sobre as dificuldades suscitadas por entidades de direito privado que desempenham atividades sob o controle do Estado, especialmente em virtude da posição pouco clara que ocupam entre o público e o privado, recomenda-se a leitura da excelente dissertação redigida, sob a orientação de Eros Roberto Grau, pelo mestre em Direito Econômico da Universidade de São Paulo Tadeu Rabelo PEREIRA (2001), intitulada de *Regime(s) jurídico(s) das empresas estatais que exploram atividade econômica*.

básicos, para operar as normas de um e outro grupo, ou seja, "princípios diretores do trato com as normas, com as suas conseqüências, com as instituições que elas referem, os elementos congregadores em sua estrutura. Estes princípios decorrem, eles próprios, do modo como a dogmática concebe direito público e privado".

Na análise da atividade desenvolvida por notários e registradores, titulares de serventias não-oficializadas, os elementos de um regime jurídico de direito privado se combinam com outros, próprios de direito público, não havendo como simplesmente situar tal atividade em qualquer destes campos, decorrendo daí sérios questionamentos.

Já se mostrou que a categorização dos emolumentos que remuneram os tabeliães e registradores particulares, percebidos diretamente dos interessados pelos serviços, como receita pública (tributo em sua espécie de taxa), gera problemas de difícil transposição. Poderia uma taxa ser destinada a entes privados sem ferir o princípio da isonomia? Como receitas públicas, os emolumentos percebidos pelos cartórios não-oficializados não deveriam se submeter à fiscalização dos Tribunais de Contas, nos termos do já mencionado (vide nota de rodapé 89 deste Capítulo 2) parágrafo único do art. 70 da CF?

Mostramos que os emolumentos pagos diretamente aos titulares de cartórios não-oficializados, muito embora sejam fixados por lei e obedeçam ao princípio da anterioridade (por determinação da Lei 10.169/2000, arts. 2º e 5º), não devem ser categorizados como taxa em sentido estrito, muito menos receita pública, uma vez que são destinados integralmente e pagos diretamente a entes particulares. Ademais, eventuais irregularidades nas contas (estimativas de receitas e previsão de despesas) dos cartórios não-oficializados (como, por exemplo, hipotético gasto excessivo com pessoal ou investimento), a princípio, não resultarão prejuízo direto ao erário público que justifique a intervenção da apreciação do Tribunal de Contas. A fiscalização das condições dos serviços notariais e de registro está a cargo dos respectivos juízes corregedores.

Ainda com relação à natureza "tributária" dos emolumentos que remuneram os serviços extrajudiciais, o Supremo Tribunal Federal analisará, na ADIn 3089 (sob a relatoria do Min. Carlos Britto), se é juridicamente

válida a incidência de ISS – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – em face da prática das atividades notariais e de registro. A LC 116/2003 incluiu, nos itens 21 e 21.01 de seu Anexo, os serviços notariais e de registro como sendo passíveis da incidência do ISS.

Sabe-se que o ISS é imposto de competência municipal (*vide* CF, art. 156, III) ao passo que as atividades notariais e de registro são serviços públicos de índole estadual. Com efeito, compete aos Estados-membros definirem suas respectivas tabelas de emolumentos (*vide* CF, art. 236, §2°, e Lei 10.169/2000, art. 1°). Indaga-se: como compatibilizar a imunidade constitucional consubstanciada na impossibilidade de exigência recíproca de impostos entre os entes federados (*ex vi* da alínea *a* do inciso VI do art. 150 da CF) com os referidos dispositivos da LC 116/2003? Queremos crer que o STF, acompanhará o parecer exarado pelo Procurador-Geral da República na mencionada ADIn 3089, no sentido de deferir o pedido da proponente legitimada (Anoreg/Br) e declarar inconstitucionais os itens 21 e 21.01 da lista de serviços suscetíveis de tributação pelo ISS, veiculada pela LC 116/2003.

Outro problema que surge diz respeito à categorização dos serviços notariais e de registro como "concessão de serviço público", razão pela qual se dispensa a necessidade de lei para criar ou extinguir serventias extrajudiciais (conforme julgado na ADInMC 2415/SP). Como visto, malgrado seja este o entendimento jurisprudencial, em contrapartida, de forma assistemática, não se aplica o regime tarifário para a remuneração dessa espécie de "concessionários prestadores de serviços públicos", nem se cogita em equilíbrio econômico-financeiro para o desempenho de suas atividades. E mais, isentam-se ou reduzem-se os emolumentos sem qualquer tipo de indenização ou compensação pela perda de receita por parte dos tabeliães e registradores. Tampouco se aplica a regra de que estes agentes-delegados respondem preferencialmente por seus atos, o que implicaria uma benfazeja adoção da responsabilidade, tão-somente, subsidiária (não solidária) do Estado.[92]

[92] Estatui o *caput*, do art. 25, da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da CF, e dá outras providências, *in verbis*: "Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por

Mais um ponto controverso é o fato de que, para os serviços notariais e de registro, tem-se hipótese de delegação obrigatória, o que, tecnicamente,[93] não se concebe, uma vez que, em regra, deve ficar ao talante do Poder Delegante a conveniência e oportunidade de implementar uma delegação.

O Supremo Tribunal Federal, de forma casuística e, às vezes, sem grandes preocupações de ordem sistemática, vem construindo um regime jurídico todo especial para os serviços notariais e de registro no Brasil, causando, para os cultores de categorias jurídicas, graves perplexidades. Admitimos que – diante das dificuldades que envolvem a análise e a configuração do regime jurídico relativo aos institutos relativos às atividades dos cartórios extrajudiciais não-oficializados – o casuísmo é inevitável e justificável. Ressaltamos, todavia, que, para algumas decisões de nossa Suprema Corte, devemos ter precauções (e, em certos casos, até mesmo reservas), quanto às possíveis interpretações e aplicações que podem ser extraídas de tais arestos. Explicamo-nos.

Não é pelo fato de que o STF tenha decidido, noutrora, reiteradamente, que notários e registradores sejam servidores públicos para os

todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade". Tal responsabilidade se deve, uma vez que cabe ao concessionário ou ao permissionário executar em seu nome e por sua conta e risco as obras ou os serviços que lhe foram concedidos (nos termos do art. 2º da Lei 8987/1995). Conforme preleciona BANDEIRA DE MELLO (2001, p. 669-671), se o concessionário ficar insolvente e impossibilitado de responder pelo dano, como atuava em nome do Estado, este terá responsabilidade subsidiária (não solidária). O Estado, contudo, não responde pelos débitos contraídos pelo concessionário, "oriundos de comportamentos alheios à própria prestação do serviço, ainda que assumidos a fim de se instrumentar para a prestação dele". Quem contrata com o concessionário sabe que este, como qualquer empresa, está sujeito a insucessos, e não pode pretender que o Estado respalde economicamente o concessionário.

(93) Conforme estabelece o caput, do art. 175 da CF, demonstrando a não-compulsoriedade da delegação de serviços públicos, *in verbis*: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos."

efeitos de aposentadoria compulsória (disposta no inciso II do § 1º do art. 40 da CF), que devemos estender tal entendimento à aplicação de todas as regras constitucionais atinentes à categoria dos servidores públicos (como é o caso da limitação de remuneração ao "teto do funcionalismo", prevista no inciso XI, do art. 37, da mesma CF). Ademais, não é, pelo fato de que nossa Corte Maior tenha, reiteradamente, afirmado que os emolumentos cartorários têm natureza pública de taxa (espécie de tributo) para os efeitos de obediência aos princípios da reserva legal e da anterioridade, que devemos prolongar tal entendimento para o conceito de "receitas, bens ou valores públicos", a que se refere o parágrafo único do art. 70 da CF, deflagrador da competência dos Tribunais de Contas, para a requisição de prestação de contas. Verificamos, pois, que a aplicação da analogia[94] demanda certa cautela.

Segundo Norberto BOBBIO (1999, p. 147-156), o método da extensão analógica consiste na integração cumprida por meio da atribuição, ao caso não-regulamentado, das mesmas conseqüências jurídicas atribuídas ao caso regulamentado semelhante. É preciso, também, que entre os dois casos exista uma *semelhança relevante*, ou seja, que exista uma qualidade comum a ambos, que seja, ao mesmo tempo, a *razão suficiente* pela qual, ao caso regulamentado, foram atribuídas aquelas e não outras conseqüências.[95]

Visando a dar maior organicidade à discussão dos questionamentos mais relevantes que gravitam ao redor do regime jurídico aplicável aos notários e registradores, afigura-se-nos conveniente a compartimentação da análise do problema sob os aspectos estrutural e funcional dos cartórios extrajudiciais não-oficializados – em moldes semelhantes à

(94) Considerando a completude do ordenamento jurídico, a aplicação da analogia é uma das formas de colmatação (por auto-integração, tal como a recorrência aos princípios gerais do direito) de supostas lacunas decorrentes de situações não expressamente normadas.

(95) Como ensina BOBBIO (1999, p. 154), por razão suficiente de uma lei, pode-se entender aquela que tradicionalmente se chama a *ratio legis*. Assim sendo, para que o raciocínio da analogia seja lícito no direito, é necessário que os dois casos, o regulamentado e o não-regulamentado tenham em comum a *ratio legis*. De resto, é o que foi transmitido com a seguinte fórmula: "Onde houver o mesmo motivo, deve-se aplicar também a mesma disposição de direito" (*Ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*).

distinção empreendida por Tadeu Rabelo PEREIRA (2001) relativamente aos regimes jurídicos das empresas estatais que exploram atividade econômica.[96]

Nesse sentido, pode-se dizer que há marcante distinção entre os momentos estrutural e funcional de um cartório extrajudicial não-oficializado. Ao se pensar em regime funcional, cogita-se em seu dinamismo, isto é, no desenvolvimento de suas atividades notariais ou de registro. Essas atividades podem ser visualizadas desde a perspectiva dos particulares (relações dos cartórios com os interessados nos serviços), ou desde a perspectiva do próprio Estado (relações dos cartórios com o Estado). Por seu turno, quando se pensa no regime estrutural, está-se a cogitar dos cartórios em termos estáticos, ou seja, em seu formato institucional.

Verifica-se, pois, a ocorrência de um regime jurídico estrutural (em que se discute a forma de criação dos cartórios, se por lei ou por mero ato administrativo, bem como a forma de gerenciamento administrativo e financeiro) e dois sub-regimes jurídicos funcionais aplicáveis. Estes últimos entendidos como funcional interno (relações dos cartórios com o Estado – em que se analisam, por exemplo: a extensão da fiscalização pelo Poder Judiciário a que se sujeitam os cartórios; a necessidade do concurso público para a outorga da delegação; controle jurisdicional por mandado de segurança; proibição de acumular cargos, empregos ou funções públicos, etc.) e funcional externo (relações dos cartórios com o setor privado – momento em que se debate, por exemplo, se há relação contratual ou não entre os titulares das serventias extrajudiciais e os usuários dos serviços).

Em breves linhas, no tocante ao regime estrutural, os cartórios extrajudiciais não-oficializados constituem um plexo de atribuições notariais

(96) Segundo Tadeu PEREIRA (2001, p. 92), "a percepção da estrutura da entidade e da atividade que a mesma desenvolve como realidades sujeitas a regimes jurídicos que não se confundem, ao menos não necessariamente, parece ser o ponto de partida para encontrarmos um critério que dê mais sistematicidade à análise dos problemas normalmente enfrentados em relação às empresas estatais". Cumpre advertir que as características analisadas na obra de Tadeu PEREIRA relacionam-se a entidades estatais que, contrariamente aos cartórios, possuem personalidade jurídica própria e estão inseridas na Administração Pública indireta, pelo que diferem enormemente os regimes jurídicos daquelas e destes.

ou de registro, ocupado por um titular. Não possuem personalidade jurídica e, segundo criticável entendimento do Supremo Tribunal Federal, podem ser criados ou extintos por mero ato administrativo expedido pelo Corregedor-Geral da Justiça local. Ainda *sob o aspecto estrutural, os cartórios não-oficializados são gerenciados, em termos administrativos e financeiros, de forma privada, pelo titular* (por força do art. 21 da Lei 8.935/1994),[97] e, como bem salienta José Renato NALINI (1997, p. 98), "os cartórios brasileiros têm o *status* de empresa, conquistado por vontade própria. Reclama-se-lhes, agora, conviver com essa nova realidade, já enfrentada por seus colegas empresários e executivos na esfera privada".

Quanto ao regime funcional interno, caracteriza-se pela presença marcante de elementos próprios do direito público, referentes normalmente à instituição de mecanismos de correição estabelecidos, pelo Poder Judiciário, sobre os cartórios (nos termos do disposto no § 1°, *in fine*, do art. 236 da CF[98]). A necessidade de se controlar eficazmente o agente delegado (que goza de autonomia) é precisamente o maior obstáculo a uma eventual pretensão de se adotar pura e simplesmente um regime de direito privado para os cartórios não-oficializados. É natural, portanto, que a relação mantida com a pessoa política do Estado seja regida primordialmente por princípios e regras de direito público.

No que tange ao regime funcional externo, os cartórios submetem-se, via de regra, a normas de direito privado, nada obstante haja um regime especial – estabelecido no Estatuto dos Notários e Registradores (Lei 8.935/1994) – com algumas derrogações ao direito comum. Com efeito, grosso modo, a relação mantida entre o titular e seus prepostos, por determinação expressa do art. 48 da Lei 8.935/1994, rege-se pelas normas aplicáveis às empresas privadas. É dizer, trata-se de relação de emprego, submetida às normas trabalhistas contidas na Consolidação das Leis do Trabalho (DL 5.452, de 1° de maio de 1943) e na legislação esparsa que disciplina a matéria. Em juízo, os titulares das serventias não-oficializadas não gozam de qualquer especialidade, sujeitando-se à

(97) Cf. as citações por nós expendidas na nota de rodapé 2 da *Apresentação*.

(98) Conforme já mencionamos, assim dispõe o referido § 1° do art. 236 da CF: "§ 1°. 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*" (g.n.).

jurisdição da Justiça Comum Estadual. O regime tributário, quanto ao imposto de renda, é o mesmo utilizado para os profissionais liberais não-assalariados, ou seja, o recolhimento mensal por carnê-leão, com a escrituração de livro-caixa (nos termos das Leis 8.134/1990, art. 6°, e 9.250/1995, art. 8°, II, alínea *g*, bem como da Instrução Normativa da Receita Federal 15/2001). O cartório, por não ter personalidade jurídica, não recolhe o IRPJ – Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica.[99]

Outrossim, entendemos que, nada obstante à divergência doutrinária existente, é plausível a admissão de relação contratual entre o notário ou registrador e o interessado nos serviços, o contrato será de resultado. Por seu turno, a responsabilidade profissional advinda de prejuízos oriundos das atividades notariais e de registro, conforme se demonstrará, submete-se a um regime especial, decorrente da interpretação sistemática a ser dada à lei específica (art. 22 da Lei 8.935/1994, com base no disposto no § 1° do art. 236 da CF de 1988), não se aplicando a regra insculpida no § 6° do art. 37 da mesma Carta Política.

(99) Em termos previdenciários, o Regulamento da Previdência Social (Dec. 3.408/1999) – ao tratar do plano de custeio da Seguridade Social (estabelecido pela Lei 8.212/1991) – dispõe, no inciso VII, do § 15, do art. 9°, que, dentre as pessoas físicas que figuram como segurados obrigatórios da previdência social, enquadram-se, por equiparação à pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não (alínea *l* do inciso V do art. 9° do Dec. 3.408/1999), "o notário ou tabelião e o oficial de registros ou registrador, titular de cartório, que detêm a delegação do exercício da atividade notarial e de registro, não remunerados pelos cofres públicos, admitidos a partir de 21 de novembro de 1994". Outrossim, a alínea *g* do inciso III do art. 2° da Instrução Normativa INSS/DC 84, de 17 de dezembro de 2002, dispõe que notários e registradores são considerados contribuintes individuais. Por seu turno, o § 1° do art. 105 da mesma Instrução Normativa menciona que tabeliães e registradores, sem regime próprio de previdência, devem contribuir "como segurado autônomo, denominado contribuinte individual a partir de 29 de novembro de 1999". Via de regra, não devem os cartórios ser identificados como empresas; todavia, "os titulares de serviços notariais e de registro são considerados empresa em relação a segurado que lhe preste serviço na condição de empregado, nos termos do art. 15 da Lei 8.212/1991, sendo devidas as contribuições para a seguridade de que trata a referida Lei" (conforme disposto no art. 3° da Portaria MPAS 2.701, de 24 de outubro de 1995).

Diante das ponderações supramencionadas e levando-se em conta que as regras constitucionais dispostas no art. 236 CF da de 1988 ainda carecem de interpretações densificadoras e concretizadoras de seu conteúdo, somos levados a admitir que se mostra bastante arriscada a empreitada de ensaiar definições integrais a respeito da função notarial e registral, uma vez que tal pretensão se choca com o obstáculo da falta de generalidade, requisito indispensável para toda pretensão de síntese conceitual.

Além disso, ao analisarmos o conjunto de normas que têm pertinência direta com os cartórios extrajudiciais, confrontamo-nos não só com a ausência de expressa regulação (como é o caso da competência do Poder Judiciário para outorgar a delegação e da suposta desnecessidade de lei para a criação e extinção de cartórios); mas, até mesmo, com dispositivos normativos antinômicos (como é o tema que envolve a responsabilidade civil de notários e registradores).[100]

Entendemos que o meio mais apropriado para a compreensão da mencionada função seja o enfrentamento casuístico das questões que envolvem as serventias extrajudiciais e a análise sistemática de todas as normas que tenham pertinência direta com as atividades notariais e de registro, esforço esse que vem sendo bravamente empreendido pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, há certos posicionamentos de nosso Órgão Judicial de Cúpula, contra os quais opomos sérias objeções: um deles, como já se demonstrou, é o entendimento de que as serventias extrajudiciais prescindem de lei para serem criadas; outra posição que vemos com reserva representa a solidariedade do Estado na responsabilidade civil, por prejuízos decorrentes de atos notariais e registrais, no caso de exercício privado dessas atividades.

Alertamos, desde logo, que, na hipótese de serventia extrajudicial oficializada (existente por força do art. 32 do ADCT da Constituição de 1988), em que o tabelião ou o registrador é um servidor público *stricto sensu* (ocupante de cargo público e remunerado diretamente pelo Estado), o regime jurídico de responsabilidade do Estado e do agente decorrerá do disposto no § 6º do art. 37 da CF, pelo que o Estado responderá,

(100) Referimo-nos, no que tange à responsabilidade civil, ao art. 22 da Lei 8.935/1994 (que sugere a responsabilidade objetiva de notários e registradores) e ao art. 38 da Lei 9.492/1997 (que determina a responsabilidade subjetiva do tabelião de protesto de títulos).

direta ou solidariamente, pelos prejuízos causados a terceiros em decorrência das atividades notariais e de registro praticadas por tabelião ou registrador oficializados.

Com as restrições metodológicas mencionadas quanto à categorização de notários e registradores como agentes públicos, passemos a nos dedicar ao tema da responsabilidade advinda de danos causados por tais profissionais do direito. Nada obstante a ressalva feita na introdução do presente trabalho, no sentido de que os serviços notariais e de registro não se confundem (vide nota de rodapé 6 da *Apresentação*), alertamos que será tratado, de forma unívoca, o regime jurídico da responsabilidade civil do Estado advindo das atividades notariais e o decorrente das atividades registrais.

Tal comportamento se justifica em face dos seguintes motivos: a um, o disciplinamento dado pela Constituição e pela lei é unificado para tabeliães e oficiais de registro; a dois, estes profissionais do direito são, sim, agentes que prestam serviços públicos por delegação (art. 236 da CF e art. 3º da Lei 8.935/1994); a três, os emolumentos percebidos por um tabelião têm a mesma natureza daqueles auferidos por um registrador (segundo o regime estabelecido na Lei 10.169/2000, que impõe a observância à reserva legal e à anterioridade);[101] a quatro, como já se

[101] Parece-nos, portanto, a princípio, incongruente entender que a relação entre o tabelião e o usuário dos serviços notariais tem natureza contratual, ao passo que a relação entre o registrador e o cidadão decorre diretamente da lei. Caso concordássemos com este entender (que reputamos impróprio), seríamos forçados a admitir que "emolumentos notariais" não são taxas; contrariamente aos "emolumentos registrais", que as seriam. Com efeito, o regime de taxa especial, no qual se enquadra a natureza jurídica dos emolumentos cartorários, não se coaduna com uma relação contratual subjacente. Entendemos que a solução é tratar tanto a relação notarial quanto a registral como vínculos jurídicos *ex lege*, ou seja, decorrentes diretamente da lei. No mesmo sentido, Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 167-172) assevera que "a boa exposição da matéria exige uma distinção em dois aspectos: 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. (...) A meu ver, este cunho extracontratual, além de se inserir no enfoque da atividade funcional do notário, oferece ainda a vantagem de abranger os dois ângulos de relacionamento: com o cliente e em relação a terceiros. Com efeito, para a corrente contratualista, se os atos praticados para o cliente

demonstrou, tanto registradores quanto notários não podem se recusar a praticar os atos revestidos com as exigências legais solicitados pelos usuários interessados – afinal de contas, o múnus público deve ser praticado com eficiência e qualidade (Lei 8.935/1994, art. 4°) –; e, a cinco, o serviço prestado, via de regra, é compulsório e tem caráter de essencialidade para a consecução de determinados fins.[102]

seriam de natureza contratual, não caberia dentro nesta o dano suportado por terceiros, que nem remotamente poder-se-iam qualificar como partes em relação aos atos tabelionais. (...) Em se tratando dos *Oficiais de Registro,* a responsabilidade ainda há de ser apurada com maior cautela e até maior rigor. Porque o interessado não tem qualquer ingerência no ato praticado. Recebe a certidão tal como passada pelo serventuário, e utiliza-a sob a fé que assiste ao signatário. (...) Não padece de dúvida a natureza aquiliana da responsabilidade, uma vez que o interessado, nem por hipótese, é considerado partícipe de uma relação contratual. O documento é entregue ao Oficial do Registro ou a certidão lhe é solicitada, correndo todas as providências a cargo do respectivo cartório, independentemente da interferência da parte". A doutrina majoritária, por seu turno, entende que o vínculo jurídico existente entre os titulares das serventias não-oficializadas e o usuário dos serviços decorre de uma relação contratual. Cf. AGUIAR DIAS (1973, v. 1, p. 340), BRANDELLI (1998, p. 88), CAHALI (1996, p. 370), GONÇALVES (2002, p. 469), LEVADA (2001, p. 43), REIS (1994, p. 248) e SIQUEIRA et SIQUEIRA (2000, p. 35).

(102) Por exemplo, para a transferência da propriedade imóvel, via de regra, exige-se a forma de escritura pública. De qualquer forma, já ponderamos anteriormente que, "nem sempre, os atos praticados por notários e registradores são compulsórios ao cidadão". Admitimos que o fato de, às vezes, notários e registradores praticarem atos não-compulsórios, bem como pelo fato de figurarem como consultores das partes, dificulta a caracterização inflexível da natureza geralmente extracontratual da relação jurídica advinda de suas atividades. De qualquer forma, como bem observa NALINI (1997, p. 81-82), "a discussão [a respeito da natureza contratual ou extracontratual da responsabilidade civil dos notários e registradores] é apenas doutrinária. Importa é concluir que os delegados dessa função pública denominada *extrajudicial* têm uma responsabilidade civil que ganhou consistência diante do novo texto constitucional e da normatividade que o regulamentou". Não se pode desprezar, contudo, que tal diferenciação pode repercutir em questões de relevo prático como, por exemplo, o prazo prescricional ou a necessidade da constituição do devedor em mora. A tendência é de que se entendam os prejuízos decorrentes da atuação profissional de notários e registradores como configuradores de responsabilidade civil contratual, em face dos usuários diretos dos serviços cartorários, e responsabilidade civil aquiliana, em face de terceiros prejudicados.

3

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DAS ATIVIDADES NOTARIAIS E DE REGISTRO

SUMÁRIO: 3.1 A responsabilidade civil no ordenamento brasileiro: 3.1.1 Obrigação originária e responsabilidade; 3.1.2 A ilicitude; 3.1.3 Os elementos constitutivos da responsabilidade jurídica; 3.1.4 As excludentes de responsabilidade – 3.2 A teoria do risco e a responsabilidade civil do Estado: 3.2.1 A insuficiência da noção de culpa como fundamento da responsabilidade civil; 3.2.2 A responsabilidade fundada no risco; 3.2.3 A responsabilidade civil do Estado e a socialização dos prejuízos causados pelo ente estatal – 3.3. Críticas e problemas que envolvem o modelo da responsabilidade objetiva: 3.3.1 As dificuldades que permeiam a investigação do nexo de causalidade; 3.3.2 A imputação objetiva pelo resultado – 3.4. O art. 236 da Constituição Federal e as normas que regem a responsabilidade civil de notários e registradores: 3.4.1 Breve histórico da responsabilidade civil dos titulares de serventias extrajudiciais no Brasil; 3.4.2 A extensão da responsabilidade de notários e registradores; 3.4.3 A especificidade da responsabilidade profissional de notários e registradores; 3.4.4 A doutrina majoritária da responsabilidade direta do Estado; 3.4.5 O descabimento da responsabilidade direta do Estado pelos atos notariais e de registro praticados em serventias não-oficializadas; 3.4.6 O critério subjetivo de aferição da responsabilidade de notários e registradores.

A expressão responsabilidade civil, muito embora não haja acordo doutrinário quanto ao seu conceito,[1] constitui o conjunto de normas que

(1) O Professor Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 7-11) salienta que os autores não chegam a um acordo quando tentam enunciar o conceito de responsabilidade civil. Alguns incidem no defeito condenado pela lógica de definir usando o mesmo vocábulo a ser definido, e dizem que "responsabilidade" consiste em "responder". Outros estabelecem na conceituação de responsabilidade a alusão a uma das causas do dever de reparação, atribuindo-a ao fato culposo do agente; outros, ainda, preferem não conceituar. Na responsabilidade civil, estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma

obrigam o autor de um dano causado a outrem a reparar tal prejuízo, oferecendo à vítima (ou a seus sucessores) uma compensação. A responsabilização, pode-se dizer, é meio e modo de exteriorização da própria Justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral e normativo de não prejudicar a outro, ou seja, *neminem laedere*.[2] De qualquer forma, como bem ressalta Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 10), para se encarar a matéria de modo mais geral, havemos de considerar também a responsabilidade civil desprendida da responsabilidade moral.

O instituto da responsabilidade civil tem como função primordial a transferência da incidência do dano de um sujeito para outro. A depender da teoria explicativa de seu fundamento, essa função será realizada considerando as modalidades de conduta do lesante (com critérios subjetivos) ou dando preliminarmente relevo à situação da vítima e ao prejuízo por si experimentado (com critérios objetivos). Segundo CANOTILHO (1974, p. 98-99), "o escopo da responsabilidade é a transferência do dano do sujeito lesado para o agente lesante [causador direto ou indireto do prejuízo]".

Com a amplitude a que nos referimos, o conceito de responsabilidade não assume vinculação a nenhuma das duas correntes que disputam a melhor explicação para a obrigação de reparar um dano causado, a saber: a teoria subjetiva da culpa e a teoria objetiva da responsabilidade

necessidade pedagógica, a que não é estranha à idéia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar. A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.

(2) Não se confunde dever moral com dever jurídico. Enquanto a obrigação de reparar o mal permanece meramente abstrata ou teórica, não interessa senão à moral. Mas, quando se tem em vista a efetiva reparação do dano, o direito passa a cuidar deste desiderato e constrói a teoria da responsabilidade civil. Não é, portanto, a responsabilidade civil totalmente divorciada da responsabilidade moral.

sem culpa. Na primeira, o fundamento da responsabilidade é a culpa do agente na prática de ato ilícito (incluindo-se aqui, também, o abuso de direito); na segunda, temos os modelos de responsabilidade objetiva, decorrentes do risco, da garantia e da eficiência.[3] Como veremos, a responsabilidade objetiva, no direito brasileiro, segundo a doutrina majoritária, encontra o seu fundamento geralmente no risco, em que impera o princípio do *controle e prevenção do perigo*, tornando despicienda a questão em torno da perquirição do modelo adotado em lei, com vistas ao encargo da prova, se risco criado, risco proveito, garantia, eficiência etc.[4]

O presente capítulo dedicar-se-á à analise da responsabilidade de notários e registradores ocupantes de serventias não-oficializadas, bem como a do Estado, decorrente de atos praticados pelos titulares e prepostos de tais serviços. Procuraremos demonstrar que, em face da terceirização (por delegação) dos serviços notariais e de registro (claramente evidenciada no art. 236 da Constituição de 1988), a responsabilidade é direta e exclusiva dos tabeliães e registradores pelos prejuízos

[3] Como bem expõe Othon de Azevedo LOPES (2002, p. 54-58), ao mencionar lição de Karl LARENZ (*Derecho justo – Fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, p. 117 e 120), no direito anglo-saxão, a responsabilidade contratual é, normalmente, regida pela caução e garantia. A idéia de responsabilidade tem seu fundamento no fato de o devedor ter-se comprometido a realizar a prestação, devendo, por isso, garanti-la. Se o credor não recebe a prestação ou a recebe de modo indevido, ao devedor será imputado o dano pela sua promessa de garantia. Não se pergunta o motivo da ausência ou insuficiência da prestação, se por força maior, por caso fortuito ou por culpa. Por outro lado, no modelo de responsabilidade por eficiência, a aferição do dever de ressarcir passa pela determinação da parte envolvida que poderá suportar o dano ou prejuízo com menor sacrifício de seu bem-estar ou da utilidade de algum bem seu. Nosso novo Código Civil (Lei 10.406/2002), em seu art. 1.285, § 1°, revela explícito critério de eficiência como parâmetro para a imputação da responsabilidade, *in verbis*: "Art. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário. § 1°. Sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem. § 2° (....)". Assim, a imputação de responsabilidade dentro do modelo por eficiência será o resultado de uma apreciação utilitarista dos fatos atribuindo-se os ônus a quem tiver menor sacrifício dos seus interesses.

[4] Cf. Antonio MONTENEGRO (1996, p. 29).

decorridos da prática de atos próprios da serventia. Ademais, analisaremos se as atividades notariais e de registro encerram, por sua natureza, riscos aos direitos de outrem e, assim, podem ser consideradas como integrantes do âmbito normativo do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002) – que trata da responsabilidade independente de culpa.

Cumpre-nos, desde logo, alertar que, por opção metodológica, a expressão responsabilidade será utilizada para exprimir tanto as obrigações de ressarcimento decorrentes de atos ilícitos quanto as de indenização oriundas de atividades arriscadas e lícitas.[5] Ademais, em face das limitações impostas ao tema pesquisado, não serão objeto de análise as responsabilidades penal e administrativa de notários e registradores, as quais constituem categorias jurídicas distintas com tipos e sanções específicos previstos em lei.[6] Releva mencionar, ainda, que não trataremos dos aspectos processuais que circundam o presente tema, bem como não nos preocuparemos com os problemas que envolvem o prazo prescricional da pretensão ressarcitória e a determinação do valor (liquidação) das obrigações, fase já posterior à configuração efetiva da responsabilidade.

(5) Entendemos que a boa compreensão do tema que ora se desenvolve não resta comprometida em face do referido nominalismo. Por rigor técnico, todavia, alertamos que a vítima de um prejuízo ocasionado por ato lícito será indenizada (e não propriamente ressarcida) ou que o autor de tal ato lícito danoso será obrigado a indenizar (e não propriamente a responder). Com efeito, cf. Carlos GHERSI (Responsabilidad por actos lícitos, In: BUERES e CARLUCCI (dir.).*Responsabilidad por daños en el tercer milenio:* homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 478), quando preleciona que a reparação por danos derivados de atividades lícitas não se trata de responsabilidade. Tal distinção não é uma mera mudança de denominação, mas demarca precisamente a evolução do tema, em que o foco de interesse foi migrando do agente causador do dano (seu castigo e seu disciplinamento) até o prejuízo sem adjetivações, como situação distinta, buscando para a "nova" vítima uma solução que seja mais solidária e ao mesmo tempo, como sistema, uma resposta mais adequada ante um aumento da periculosidade no mundo da modernidade, especialmente a partir do século XX.

(6) No que tange à atipicidade dos atos ensejadores da responsabilidade civil por dano não justificado, recomenda-se a leitura do texto de Juan José CASIELLO (Atipicidad del ilícito civil – Reflexiones sobre el "daño justificad" – In: BUERES e CARLUCCI (dir.), 1997, p. 157-164).

3.1 A responsabilidade civil no ordenamento brasileiro

Segundo preleciona STOCO (2001, p. 107), a responsabilidade civil é o instituto de direito civil que teve maior desenvolvimento nos últimos cem anos e que tal avanço implicou o repensar de muitas concepções, até então tidas por inabaláveis. Assim, o entendimento de que não poderia haver responsabilidade sem culpa vê-se hoje superado por normas que claramente prevêem sanção ao causador de danos independentemente de sua conduta culposa. O Brasil acompanhou a evolução do instituto e, conforme se verá, encerra hoje, em seu ordenamento jurídico, normas bastante inovadoras no campo da responsabilidade civil.

Relativamente à responsabilidade civil no direito brasileiro anterior ao Código Civil de 1916, ensina Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 6-7) que podem ser identificadas três fases distintas. A primeira consistiu na época em que, por comando das Ordenações do Reino, aplicava-se, subsidiariamente ao direito pátrio, o direito romano, por força da chamada *Lei da Boa Razão* (Lei de 18 de agosto de 1769). Um segundo momento iniciou-se com o Código Criminal de 1830, em que se esboçou o instituto da "satisfação", ligando a responsabilidade civil aos fundamentos da penal. A terceira fase, inaugurada com as reflexões de Teixeira de Freitas (na segunda metade do século XIX), é marcada pela separação entre a responsabilidade civil e a penal, "a satisfação do dano causado pelo delito passou para o seu lugar próprio, que é a legislação civil".

A teoria do inadimplemento e os estudos de responsabilidade civil desenvolveram-se entre nós sob a influência do direito francês. O Código Napoleão (já em 1804), adotando explicitamente a teoria subjetiva da culpa, alude à *faute* como fundamento do dever de reparar o dano.[7] Contudo, devido à sua ambigüidade, o termo "*faute*" (falta ou erro) gerou intensa discussão entre os franceses. Segundo Carlos Roberto

[7] Segundo Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 30), a redação do art. 159 do Código Civil brasileiro (art. 186 da Lei 10.406/2002) teve em vista a tradição de nosso direito e bem de perto os arts. 1.382 e 1.383 do Código Civil francês – Art. 1.382: "*Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige à celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*" e Art. 1.383: "*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*".

GONÇALVES (2002, p. 9-10), alguns autores (como Savatier), para definirem a culpa, inspiram-se numa concepção moral de culpabilidade, considerando apenas o aspecto subjetivo (é preciso verificar se o agente pode conhecer e observar, prever e evitar o dano, se quiser, agindo livremente). Outros, como os irmãos Mazeaud, adotam um critério mais objetivo na definição da culpa, comparando o comportamento do agente a um tipo abstrato, *o bonus pater familias* (o "homem médio" em prudência e discernimento).

Por outro lado, as mesmas disposições do Código Civil francês mostraram-se suficientes para que Raymond Saleilles, já em 1897, valendo-se de esforço interpretativo do vocábulo "*faute*", argumentasse que este teria sido empregado na acepção de "*fait*" (fato do homem), equivalendo à causa determinante de qualquer dano.[8] Seguindo a linha de raciocínio análoga à de Saleilles, outro francês adepto da doutrina objetivista, Louis JOSSERAND (1941), apresentou tese entendendo necessário pesquisar "a que se deve a evolução constante e acelerada da responsabilidade".

No Brasil, o legislador, contornando a discussão sobre o vocábulo *faute*, preferiu utilizar a noção de ato ilícito como causa da responsabilidade civil, deixando patente que o dever de reparar a ação ou omissão voluntária deve se subordinar geralmente à culpa.[9] Mais adiante,

(8) Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 16-17). Saleilles desenvolve a sua tese argumentando o seguinte: o art. 1.382 do Código Civil significa que "o que obriga à reparação é o fato do homem, constitutivo do dano". A relação de causalidade geradora da reparação reside em que o Código, ao falar em "culpa", toma esta palavra na acepção vulgar de "causa". Em termos do art. 1.383, teria em vista "a abstenção que se refere a uma causa material constitutiva do prejuízo que entra a na esfera de atividade daquela que se absteve". Raciocinando assim, em torno das disposições do Código Civil de 1804, Saleilles chega a uma conclusão diametralmente oposta à doutrina legal perfilhada pelos autores do Código; argumentando com preceitos que originariamente teriam em vista a responsabilidade *fundada na culpa*, desenvolve uma teoria em face da qual o dever de ressarcimento *independe da culpa*.

(9) Dispõe o art. 186 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002), em moldes muito parecidos com o art. 159 do Código Civil de 1916, *in verbis*: "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito *e* causar dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*, comete ato ilícito" (Grifaram-se as inovações). Segundo AGUIAR DIAS (1973, v. 2, p. 10),

verificaremos que, com o advento do novo Código Civil (Lei 10.406/2002, em especial o parágrafo único do seu art. 927), muito embora a teoria subjetiva continue sendo a utilizada genericamente, não se pode negar a grande expansão imprimida à responsabilidade objetiva.[10]

Tradicionalmente, a teoria da responsabilidade baseia-se, assim, na idéia de culpa. É importante mencionar, todavia, que, no direito primitivo dos povos, o causador do dano era considerado responsável pelo

"tanto como no texto-padrão, impõe-se, em nossa lei, a necessidade da culpa como elemento gerador da responsabilidade. Parece-nos sem sentido, em nosso direito, qualquer discussão semelhante à que lavrou ardente na França, sobre se o texto indicado exigia ou não a culpa para o estabelecimento da responsabilidade. E isto se deve a que o nosso legislador, em lugar de usar de palavra vaga, como é, em francês, a expressão *faute*, foi suficientemente preciso ao subordinar o dever de reparar a 'ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência'. Outra controvérsia evitada pelo Código, já o dissemos, é a que se trava em outros países a respeito da clássica distinção entre delitos e quase-delitos, cuja utilidade, tanto como a da gradação da culpa (lata, leve e levíssima), é sumamente discutível. O Código engloba o objeto dessas classificações obsoletas na denominação genérica de atos ilícitos porque, à lei civil, não interessa de maneira nenhuma essa casuística". Releva mencionar, porém, que *o novo Código Civil traz, em seu art. 944, disposição tendente a prestigiar, na aferição do quantum debeatur, a repercussão advinda dos diferentes graus de culpa*; senão vejamos, *in verbis*: "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. *Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.*"

(10) Miguel REALE (1978, p. 176), ao problematizar a eventual opção do código pela responsabilidade subjetiva ou objetiva, leciona que não há que se fazer qualquer alternativa, *in verbis*: "Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental. O conceito de estrutura não é privilégio do estruturalismo, que é um dos tantos modismos filosóficos do nosso tempo. O conceito de estrutura, ao contrário, é um conceito sociológico e filosófico, fundamental, como no-lo mostra a obra de Persons ou Merton, e desempenha papel cada vez mais relevante no mundo do Direito, esclarecendo o antigo e renovado conceito de *natureza das coisas*, cuja aceitação independe, não é demais adverti-lo, para evitar equívocos correntes, do fato de admitir-se ou não qualquer modalidade de Direito Natural".

prejuízo, independentemente de qualquer cogitação sobre a existência ou não de sua culpa. Admitia-se, de forma generalizada, a responsabilidade objetiva e corporal, tanto do homem como das coisas animadas e inanimadas que tivessem proporcionado o dano. Prevalecia o entendimento segundo o qual o que gerou o prejuízo ficava sujeito à vingança mediante a aplicação de uma pena corporal.

Mesmo com a Lei das XII Tábuas (452 a.C.), a responsabilidade objetiva continuou a ser aplicada, mas abandonou o castigo corporal como forma de retribuição do dano. Com o advento da *Lex Aquilia de damno* (286 a.C.), introduziu-se a culpa como elemento da responsabilidade civil e concedeu-se ao pretor maiores poderes para a fixação da pena, deixando-se de lado as multas fixas.[11] A adoção da responsabilidade subjetiva não impediu a manutenção da responsabilidade objetiva, por exemplo, em algumas figuras conhecidas como quase-delitos.[12]

(11) Cf. LISBOA (2001, p. 21-23).

(12) Segundo lição de José Carlos MOREIRA ALVES (1997, p. 28-31 e p. 237-239), as fontes das obrigações no direito romano receberam três classificações (duas atribuídas ao jurisconsulto Gaio e a terceira advinda com as *Institutas* de Justiniano). Para Justiniano, as fontes das obrigações se classificam em quatro espécies: contratos, quase-contratos, delitos e quase-delitos. Estes últimos englobariam os atos ilícitos contra os quais, no período clássico, o pretor concedia à vítima uma *actio in factum* contra o autor do ilícito, para que aquela obtivesse deste, se condenado, o pagamento de uma *poena* (pena) em dinheiro. Os dois quase-delitos mais conhecidos eram o *effusum et deiectum* (que imputava a responsabilidade do resultado ao morador – *habitator* – pelo derramamento de líquido ou pela queda de um objeto do edifício no qual residia sobre a via pública, caso em que o responsável deveria arcar com o pagamento de indenização equivalente ao valor em dobro do prejuízo ou, no caso de morte de homem livre, a pena de 50 moedas de ouro) e *positum et suspensum* (em que a responsabilidade do *habitator* decorria do simples fato de o objeto se encontrar pendurado sobre a via pública, colocando em risco a segurança alheia, caso em que o responsável devia efetuar o pagamento de indenização equivalente a 10.000 sestércios ou 10 moedas de ouro). Previa-se, ainda, entre os quase-delitos, hipóteses de inversão do ônus da prova, como o *receptum nautarum, cauponum* e *stabulariorum*, em que o capitão de navio, o dono da hospedaria ou do estábulo eram responsabilizados pelos furtos e danos, praticados por seus prepostos, com relação aos bens dos clientes. Por essa fonte de obrigação, o hospedeiro e os outros responsáveis eram condenados ao dobro do dano por atos de terceiros. Por fim, MOREIRA ALVES (p. 238) menciona a existência de uma quarta figura de quase-delito decorrente de

O certo é que, como visto, a partir do final do século XIX, com as doutrinas de Saleilles e Josserand, surgiram os primeiros sinais de uma mudança na configuração dos elementos ensejadores da responsabilidade, contrapondo a responsabilidade fundada na culpa da baseada em critérios objetivos. Mostra-se, contudo, oportuna a reflexão empreendida por AGUIAR DIAS (1973, v. 1, p. 98) que, ao tratar das diferenças entre os dois sistemas (subjetivo e objetivo) quanto ao ônus da prova, apresenta a seguinte ressalva, *in verbis*: "Há quem sustente a impropriedade da expressão 'responsabilidade objetiva', oposta à 'responsabilidade subjetiva', partindo da consideração de que o critério que informa responsabilidade de acordo com o padrão do bom pai de família é objetivo (o que não importa tornar objetivo o sistema), ao passo que na chamada responsabilidade objetiva encontram aspectos pessoais, que excluem a simples causalidade, princípio sobre que se teria edificado o sistema objetivo".

De qualquer forma, em teoria, a distinção entre os dois sistemas subsiste. No sistema da culpa, caso esta não seja configurada, real ou artificialmente (por meio de presunções), não haverá responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou melhor, esta indagação não tem lugar. Seguindo essa linha de raciocínio, antes de adentrarmos à teoria do risco, dedicaremos breves reflexões a respeito dos pressupostos da responsabilidade jurídica.

3.1.1 Obrigação originária e responsabilidade

Cumpre, inicialmente, salientar que responsabilidade e obrigação não possuem o mesmo significado. Orlando GOMES (1999, p. 12) leciona que, na moderna dogmática, distinguem-se, no conceito de obrigação, os de *debitum* e *obligatio*. Ao se decompor a relação obrigacional, verifica-se que o direito de crédito tem como fim imediato uma prestação (que representa o dever a ser cumprido espontaneamente – *debitum* ou *Schuld*), e como remoto, a sujeição do patrimônio do devedor ao poder coativo do credor (*obligatio*, *Haftung* ou responsabilidade). Destarte, a

conduta culposa, qual seja: *si iudex litem suam fecerit*, a qual se refere ao juiz que, embora não tenha se deixado corromper, agiu dolosamente ou negligentemente, sentenciando mal e prejudicando uma das partes litigantes.

responsabilidade não se confunde com a obrigação originária, uma vez que aquela é invariavelmente um *dever jurídico sucessivo ou suplementar*, decorrente da violação ou descumprimento da obrigação.

3.1.2 A ilicitude

O delito civil, que faz nascer a obrigação de ressarcir, deriva de um ato violador de um direito protegido pela lei.[13] Tal violação implica, geralmente, a antijuridicidade (ilicitude, contrariedade ao direito) do ato, salvo os casos em que a lei impõe o dever de responder, independentemente da licitude do ato. Assim, via de regra, a responsabilidade deriva do cometimento de atos antijurídicos que causem prejuízos a terceiros. Todavia, há atividades – as quais o ordenamento reputa lícitas e socialmente úteis – que, malgrado a autorização para se desenvolverem, ensejam a responsabilização jurídica caso delas advenham prejuízos (contrariamente à ilicitude, a comprovação do dano é elemento indispensável para o surgimento do dever de reparar).[14]

(13) O ato antijurídico se desenvolve atingindo direitos absolutos ou relativos. No primeiro caso, a lesão exsurge das relações extracontratuais e, no segundo, das relações contratuais. Nossos Códigos Civis (tanto o de 1916 quanto o de 2002) trataram em sessões distintas do ilícito contratual e do extracontratual.

(14) Há doutrinadores, como Orlando GOMES (1999, p. 253-254) e Roberto Senise LISBOA (2002, p. 186), que, ao analisarem a antijuridicidade como pressuposto da responsabilidade, entendem que a antijuridicidade pode ser objetiva (comportamento em desconformidade ou contrariedade com o ordenamento jurídico ou ao negócio lícito celebrado) ou subjetiva (comportamento desconforme em que a imputação do evento danoso se verifica em face da consciência – culpa ou dolo – do agente ofensor). Para Orlando GOMES, a ilicitude advém da antijuridicidade subjetiva. Por seu turno, Roberto LISBOA chega a concluir que "a evolução tem demonstrado que a definição de *ato ilícito* se refere à desconformidade, ainda que objetiva, tornando-se o elemento culpa presente ou não, para fins de responsabilidade". Assim, uma atividade lícita, mas arriscada, que acarrete prejuízos a terceiros, seria considerada antijurídica "em virtude do resultado danoso"; a responsabilidade subjetiva advém, via de regra, de um ato ilícito por natureza, enquanto que a responsabilidade objetiva decorre de ato ilícito pelo resultado. Em prestígio ao legislador ordinário, preferimos considerar que, para um ato ser considerado ilícito, deve ser, necessariamente, qualificado pela culpa. A ilicitude (qualificada pela culpa) detém-se mais no aspecto subjetivo do agente, ao passo que a antijuridicidade

3.1.3 Os elementos constitutivos da responsabilidade jurídica

Na dogmática jurídica, para a configuração da responsabilidade é necessário, basicamente, o concurso de três elementos, a saber: ato de agente (conduta comissiva ou omissiva de pessoa física ou jurídica); ofensa à esfera jurídica alheia (com a causação de dano certo, atual e subsistente[15]) e nexo de causalidade entre o ato ofensor e o dano experimentado pela vítima. No sistema subjetivo, aos três pressupostos referidos, somam-se os elementos subjetivos da culpa *lato sensu* (que representa a violação do dever de cuidado, ofensa ao modelo ideal de conduta ou a não previsão de um evento que é perfeitamente previsível no instante em que o agente manifesta a sua vontade – culpa *stricto sensu* –; a intenção, o propósito deliberado, de causar o prejuízo – dolo direito – ou, então, a consciência do resultado – dolo eventual) e da imputabilidade do responsável pelo dano (que, por envolver a idéia de capacidade de discernimento, torna-se elemento inseparável da culpa).

O ato de agente, como requisito da responsabilidade civil, funda-se, nos dizeres de MONTENEGRO (1996, p. 16), em conteúdo moral, e tem em vista o homem dotado de autodeterminação, com capacidade de entendimento e liberdade para conduzir a sua vontade (livre-arbítrio) segundo os valores e as condições de vida em sociedade.

tem em vista o valor objetivo do fato. Não há que se falar em ilicitude, na órbita da responsabilidade objetiva. Não desconsideramos, contudo, conforme pondera, com razão, Antonio MONTENEGRO (1996, p. 15), que o próprio legislador – que, por sua tibieza ante o problema das responsabilidades subjetiva e objetiva, passa a baralhar princípios e conceitos que mais tarde se constituem em fontes de equívocos tanto em doutrina quanto em jurisprudência – contribui, em parte, para a noção deturpada do ato ilícito.

(15) Dano certo ou efetivo é aquele que se funda em um acontecimento preciso. A princípio, não há que se falar, pois, em ressarcimento de dano meramente hipotético ou eventual. O dano atual é aquele que exsurge do ato delituoso, tornando-se presente no momento da prática do ato ofensor. O dano subsistente é aquele que ainda deve ser reparado. *No sistema da responsabilidade objetiva, o dano reparável, além de cumular as exigências cabíveis aos danos provenientes de atividades ilegais, deve ser anormal – exceder os incômodos provenientes da vida societária – e ser especial – isto é, relativo a uma pessoa ou a um grupo de pessoas* (cf. José Luis AMADEO, 1998, p. 21).

A imputabilidade constitui o conjunto de elementos subjetivos que permitem que o agente, dotado de vontade livre e esclarecida, seja responsável pelos danos praticados; é dizer, representa a suscetibilidade de atribuição do resultado danoso ao seu ator respectivo.[16] Somente se torna possível tal atribuição em desfavor daquele que, dotado de discernimento para a prática de atos em sociedade, tem ciência da conduta perpetrada e do resultado danoso verificado.

Para Orlando GOMES (1999, p. 270), a imputabilidade é a idoneidade psíquica do agente para querer e entender, em síntese, a capacidade de discernimento. Alerta-nos, todavia, para o fato de que não se deve confundir imputabilidade da culpa com capacidade de agir. Com efeito, há pessoas legalmente incapazes para a prática dos atos da vida civil, mas que têm discernimento. Não se levam em conta, na apreciação da imputação, fatores que influem na capacidade de fato, aferindo-se a responsabilidade pela "aptidão do agente para agir racionalmente, medindo a importância e o alcance de seus atos". Distinguem-se, assim, capacidade contratual e capacidade delitual.[17]

(16) Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 269) preleciona, *in verbis*: "A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar na imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. Com a teoria do risco, diz Philippe Le Tourneau, o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretenso responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas *objetivos* que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade (op. cit., nº 2, p. 4)". No mesmo sentido, é a lição de Rui STOCO (2001, p. 109) e de Orlando GOMES (1999, p. 307).

(17) A regra é a de que o erro de conduta há de ser praticado por pessoa capaz de querer e entender. Isso não significa, porém, como adverte Orlando GOMES (1999, p. 270), que a lei, considerando injusto em certas circunstâncias o abandono da vítima, mesmo que o agente ofensor seja inidôneo psiquicamente, deixe de lhe impor a obrigação de reparar o que causou. Mas, do fato de estatuir essa obrigação, fundada em razões de eqüidade, não se pode inferir que haja *culpa* no fato do agente incapaz. Nem sempre o dever de indenizar resulta da prática de ato culposo. Com efeito, podemos citar exemplos de responsabilização de incapazes nos seguintes dispositivos normativos: Art. 116 da Lei 8.069/1990 (Estatuto

3.1.4 As excludentes de responsabilidade

No que tange às excludentes de responsabilidade, estas são situações jurídicas que exoneram o agente do dever jurídico de reparação do dano. Segundo lecionam Roberto LISBOA (2002, p. 252 e 271) e Carlos Alberto BITTAR (1999, p. 59-60), as excludentes de responsabilidade civil variam conforme o sistema adotado, sendo que, no sistema subjetivo, temos a legítima defesa, o exercício regular de um direito reconhecido, o estrito cumprimento do dever legal, o estado de necessidade, o caso fortuito e a força maior. Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 295-307) menciona, ainda, o fato da vítima (exclusivo ou concorrente), o fato de terceiro[18]

da Criança e do Adolescente) – "Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente [pessoa entre doze e dezoito anos de idade] restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada." – e Art. 928 da Lei 10.406/2002 (novo Código Civil) – "O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem".

(18) AGUIAR DIAS (1973, v. 2, p. 299-300) assinala que o fato de terceiro, para figurar como excludente de responsabilidade, precisa ser caracterizado pelos seguintes pressupostos: a) causalidade: se não é causa do dano, nenhuma influência pode o fato de terceiro exercer no problema da responsabilidade; b) inimputabilidade do devedor: se o fato danoso puder ser imputado ao devedor, fica fora de questão apurar em que medida terá influído, no resultado, o fato de terceiro, porque não foi este, mas aquele, o produtor do dano; c) qualidade de terceiro: este é qualquer pessoa além da vítima e do responsável. Ressalvam-se as pessoas por quem o agente responde, tanto no regime delitual (filhos, tutelados, prepostos, aprendizes etc.) como no campo contratual (encarregados da execução do contrato em geral), porque essas não são terceiros, no sentido de estranhos à relação que aqui nos interessa; quando muito, algumas de tais pessoas podem ser consideradas terceiros para efeito do direito de regresso, mas esta matéria não influi nas relações entre a vítima e o responsável; d) identidade: o fato de terceiro há de poder ser atribuído a alguém, o que não quer dizer que se imponha, necessariamente, a sua identificação (tal como sucede, por exemplo, no dano produzido por terceiro que fugiu e não foi encontrado, tendo sido visto, entretanto, a praticar o ato de que resultou o prejuízo). Se o dano não pode ser atribuído a alguém, nesse sentido de que se deva a ação humana, estranha aos sujeitos da relação vítima-

e a cláusula de não indenizar.[19] No sistema objetivo da teoria do risco, por estar fundado no nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o prejuízo experimentado pela vítima, as excludentes e atenuantes de responsabilidade limitam-se aos casos em que o ato (comissivo ou omissivo) do autor não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única.[20]

Age em legítima defesa aquele que, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.[21] O exercício regular do direito é o

responsável, não há fato de terceiro, mas caso fortuito ou força maior; e) iliceidade: se o fato de terceiro é causa exclusiva do dano, não há que indagar se é ou não ilícito, para considerar-se como causa de isenção; se, porém, concorre com o do responsável, este não pode alegá-lo senão quando seja culposo.

(19) A escusativa da cláusula de não indenizar é válida apenas como exoneração convencional do dever de reparar o dano, não sendo aplicável nos casos de responsabilidade aquiliana. Ademais, AGUIAR DIAS (1973, v. 2, p. 290) chama atenção para o fato de que, em nosso direito, a cláusula de irresponsabilidade só pode ser convencionada quando não se lhe oponha um princípio de ordem pública.

(20) Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (1999, p. 507-508), ao dissertar sobre as causas excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado, menciona que "nem sempre os tribunais aplicam a regra do risco integral, socorrendo-se, por vezes, da teoria da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço público [sobre esse tema, vide a nota de rodapé 33 deste Capítulo 3]. São apontadas como causas excludentes da responsabilidade a força maior e a culpa da vítima. (...) Já na hipótese de caso fortuito, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da Administração, não ocorre a mesma exclusão. (...) A omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*); é a culpa anônima, não-individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público. A mesma regra se aplica quando se trata de ato de terceiros (...); o Estado responderá se ficar caracterizada a sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público. (...) Quando houver culpa da vítima, há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do poder público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a sua responsabilidade, que se reparte com a da vítima".

(21) Vide arts. 23, 24 e 25 do Código Penal brasileiro (DL 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com a redação dada pela Lei 7.209/1984).

desenvolvimento de atividade humana em conformidade com o ordenamento jurídico (*qui iure suo utitur neminem laedit*, ou seja, quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém). O estrito cumprimento do dever legal é a observância de um dever jurídico anteriormente estabelecido.

A bem da verdade, quanto à legítima defesa, ao exercício regular de um direito reconhecido e ao estado de necessidade, dispõe o art. 188 do novo Código Civil (nos mesmos moldes do art. 160 do Código de 1916) que os atos praticados revestidos dessas justificativas não constituem atos ilícitos. Estamos, pois, diante de hipóteses de excludentes de ilicitude e não propriamente de causas exoneratórias de responsabilidade. Tanto é que os arts. 929 e 930 da Lei 10.406/2002 (reproduzindo as normas dispostas nos arts. 1.519 e 1.520 do antigo Código Civil) mencionam que, se a pessoa lesada, ou dono da coisa, no caso de estado de necessidade, não for culpada do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo que sofreu. E, caso o perigo ocorra por culpa de terceiro, contra este, o autor do dano terá ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Da mesma ação, serão titulares aqueles que agirem em legítima defesa e exercício regular do direito contra aquele em defesa de quem se causou o dano. Pode-se concluir, então, que a legítima defesa e o estado de necessidade só serão causas excludentes de responsabilidade quando a vítima do dano civil for a pessoa que deu causa ao perigo ou injusta agressão rechaçados pelo autor do prejuízo.

Quanto ao caso fortuito e à força maior, muito embora estejamos cientes do intenso debate doutrinário que se trava a respeito da diferença entre esses fenômenos, concordamos com AGUIAR DIAS (1973, v. 2, p. 307) e Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 304), no sentido de que a distinção entre tais categorias mostra-se desimportante, sendo preferível considerá-las como sinônimas. A noção de força maior e de caso fortuito decorre, basicamente, de dois elementos: um interno, de caráter objetivo, ou seja, a inevitabilidade (irresistibilidade) e a necessariedade (que leva obrigatoriamente ao dano) do evento; e outro externo, ou subjetivo, a ausência de culpa. Tais dirimentes de responsabilidade suprimem a relação de causalidade e, desaparecendo o nexo causal, não é mais possível se falar em obrigação de reparar.[22]

(22) O art. 393 do novo Código Civil – reproduzindo a norma contida no art. 1.058 do Código de 1916 – dispõe, ao tratar do inadimplemento das obrigações (nos

Verificados, pois, de forma genérica, os pressupostos para a configuração da responsabilidade civil, passemos a tratar do tema afeto à evolução da teoria da responsabilidade no ordenamento brasileiro, enfocando principalmente a forma como se deu a expansão da responsabilidade civil da Administração Pública, passando do conceito da irresponsabilidade para a fase da responsabilidade civilística e desta para a fase da responsabilidade sem culpa.

3.2 A teoria do risco e a responsabilidade civil do Estado

3.2.1 A insuficiência da noção de culpa como fundamento da responsabilidade civil

Já pudemos verificar que – muito embora tradicionalmente o princípio da responsabilidade civil tenha-se fundado, essencialmente, na doutrina da culpa (agasalhada pelo nosso Código Civil de 1916) – a insatisfação com essa teoria subjetiva, a partir do final do século XIX, tornou-se cada vez maior e evidenciou a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista. A tendência moderna ao alargamento da responsabilidade e à maior sensibilidade com o problema da repartição das perdas está fundada em vários motivos: por um lado, o aumento populacional, o crescimento dos eventos danosos, a multiplicação dos acidentes e o número crescente de ações indenizatórias em que a vítima sucumbe à míngua de elementos probatórios; por outro lado, a rigidez e a relativa imobilidade do direito positivo levantando obstáculos à realização da justiça ideal e provocando o desequilíbrio. Tudo isso tem levado a jurisprudência e a doutrina a suprimir, ou ao menos atenuar, este desequilíbrio que é uma realidade flagrante, que somente a espaços e com certa timidez é enfrentado pelo legislador.[23]

casos de ilicitude contratual), *in verbis*: "Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir." Quanto ao requisito da imprevisibilidade, para a configuração do caso fortuito ou da força maior, Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 304) sustenta que a imprevisibilidade não é requisito necessário, porque muitas vezes o evento, ainda que previsível, dispara como força indomável e irresistível. A imprevisibilidade é de se considerar quando determina a inevitabilidade.

(23) Cf. Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 263).

A insuficiência da noção de culpa como fundamento da responsabilidade apresentou-se de forma mais patente com a repetição dos acidentes de trabalho em decorrência da introdução de processos mecânicos na técnica de produção. O operário ficava desamparado diante da impossibilidade de provar a culpa do patrão e a injustiça que esse desamparo representava despertou a atenção dos juristas, fazendo com que o problema da responsabilidade civil fosse reexaminado. Dentro dessas transformações socioeconômico-culturais, que levaram ao desenvolvimento de uma teoria da responsabilidade sem culpa, a doutrina jurídica, em um primeiro momento, para atender imperativo de eqüidade e visando a abrandar o rigor lógico do princípio da culpa, sugeriu a inversão do ônus da prova. A partir daí, o movimento ganhou mais arrojo com a doutrina de Saleilles, por meio da qual se alargou a noção de culpa, fazendo com que esta chegasse a se confundir com a noção de nexo causal.[24] Todavia, o rompimento com a tradição veio a se dar sob a influência das idéias de Louis Josserand, que, com maior arrojo, reclamou a substituição da culpa na teoria da responsabilidade.

Segundo Louis JOSSERAND (1941, p. 551), o problema do anacronismo da tradicional teoria já vinha sendo abordado por doutrinadores, legisladores e juízes de forma a impugnar a antiga regra: não há responsabilidade sem culpa provada. Os processos para dar mais amplitude à teoria da responsabilidade gravitam em torno da noção da culpa aquiliana; "a jurisprudência, notadamente, pôs, de algum modo, a culpa aquiliana em tela, submeteu-a a um duro tratamento, ora estirando-a em excesso, ora encolhendo-a, adelgaçando-a a seu gosto, e chegando mesmo até a fazê-la volatilizar-se". Os processos técnicos a que recorre o operador do direito para esse fim, visando realizar a praticabilidade da responsabilidade e assegurar uma reparação à vítima, alinham-se nas seguintes categorias: (1°) admitiu muito facilmente a existência da culpa (impondo-se o dever de ressarcir diante até mesmo da culpa levíssima); (2°) estabeleceu ou reconheceu presunções de culpa; (3°) o legislador, também, substituiu por vezes a noção de culpa pelo conceito de risco: daí, a responsabilidade, de subjetiva que era, tradicionalmente, tornou-se objetiva; (4°) enfim, a jurisprudência estendeu outra medida à responsabilidade contratual, eliminando, assim, a responsabilidade

[24] Cf. Orlando GOMES (1999, p. 279).

delitual e colocando a vítima numa situação mais favorável quanto à prova.[25]

Quanto à facilitação na admissão de culpa, temos que, muito embora o conceito de culpa seja unitário (não importando se a norma de conduta decorre diretamente da lei ou de contrato), sua ocorrência pode dar-se de maneiras diversas. Além da dicotomização das modalidades de culpa contratual e culpa aquiliana, doutrinariamente, procede-se à distinção entre culpa grave, leve e levíssima. Na culpa grave, o autor, embora sem ter a intenção de causar o dano, comporta-se tão displicentemente como se o tivesse querido. A culpa leve é a falta de diligência média, que um homem normal observa em sua conduta, e a culpa levíssima refere-se à falta cometida em razão de uma conduta que escaparia ao padrão médio, mas que um *diligentíssimo pater familias*, especialmente cuidadoso, guardaria. Nessa linha de raciocínio, a aplicação, com maior rigor, pelos juízes, do velho adágio latino *In lege Aquilia, et levissima culpa venit*, faz com que se amplie espaço para a teoria objetiva, adelgaçando a noção de culpa, sem que haja, contudo, o abandono da doutrina subjetiva. Assim, a mais mínima culpa seria suficiente para gerar a responsabilidade.

(25) Louis JOSSERAND (1941, p. 558-559) encerra sua exposição concluindo que "o legislador, a jurisprudência e a doutrina se esforçam, por meios variados e processos técnicos apropriados, por vir em socorro das vítimas, notadamente assegurando-lhes, do ponto de vista da prova e da luta judiciária, uma situação tão favorável quanto possível. De outro lado, a responsabilidade tende a objetivar-se; o risco se opõe à culpa e a afasta da sua dianteira. Isto não é dizer que a velha teoria da culpa aquiliana esteja condenada, mas que sua insuficiência é certa e se acusa cada vez mais. A responsabilidade moderna comporta dois pólos, o pólo objetivo, onde reina o risco criado e o pólo subjetivo onde triunfa a culpa; é em torno desses dois pólos que gira a vasta teoria da responsabilidade. Enfim, uma última constatação se impõe e é uma homenagem à jurisprudência: como pudestes notar, a evolução da responsabilidade se tem produzido com o mínimo de intervenção legislativa: ela foi, sobretudo, obra da jurisprudência que, na França, na Bélgica e noutros países, tem sabido tirar partido maravilhoso dos textos e dos princípios que tinha à sua disposição e os tem acomodado ao gosto do dia, com uma oportunidade, um senso das realidades práticas e uma engenhosidade verdadeiramente admiráveis; graças a ela, (...) viu-se 'o direito evoluir sob uma legislação imóvel', e o juiz foi a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas velhas do direito tradicional".

No que tange à presunção de culpa, trata-se de uma espécie de solução intermédia entre a teoria da responsabilidade subjetiva e objetiva, em que, muito embora a culpa não perca sua condição de suporte da responsabilidade civil, aparecem fortes indícios de sua degradação como elemento fundamental da reparação. Segundo Alvino LIMA (1999, p. 39-43), o reconhecimento da presunção de culpa foi um dos instrumentos técnicos que se utilizaram para a extensão da noção da culpa e para a abertura de caminho tendente à aceitação da doutrina objetiva.

A presunção de culpa pode variar de intensidade, assumindo, às vezes, características de uma *praesumptio iuris et de iure* (presunção absoluta – quando a lei a estabelece em termos peremptórios, adotando de forma patente a teoria objetiva) e, em outros momentos, permanecendo no campo da presunção *iuris tantum* (relativa), partindo da indicação de um responsável cuja culpa é presumida, porém admitindo que possa ele trazer elementos de prova convincentes de sua ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar.[26]

Quanto à transmudação da culpa aquiliana em contratual, consiste no fato de se desfigurar a ocorrência de um ilícito absoluto e tratá-lo como oriundo de um contrato, fazendo-se com a culpa, que

[26] Conforme ensina Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 265-266), no sistema de presunção relativa de culpa, subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia a concepção subjetiva tradicional é no ônus da prova. Dentro na teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do *onus probandi*. Em determinadas circunstâncias é a lei que enuncia a presunção. Em outras, é a elaboração jurisprudencial que, partindo de uma idéia tipicamente assentada na culpa, inverte a situação impondo o dever ressarcitório, a não ser que o acusado demonstre que o dano foi causado pelo comportamento da própria vítima. Roberto Senise LISBOA (2001, p. 31) adverte que a presunção de culpa (espécie de responsabilidade subjetiva) não se confunde com a responsabilidade objetiva, quer por motivos históricos ou mesmo porque a responsabilidade objetiva torna desnecessária qualquer indagação sobre o elemento subjetivo do injusto. "Além de deixar a análise da culpa de lado, a teoria da objetivação considera indiferente que o demandado produza a prova de que não agiu com culpa. A sua responsabilidade subsiste pela simples realização da atividade perigosa que acarreta o dano."

tradicionalmente vinha sendo considerada como aquiliana, incida no conceito de culpa contratual. Substitui-se, assim, a responsabilidade aquiliana pela contratual e, desta sorte, consegue-se dilargar a responsabilidade civil.[27]

3.2.2 A responsabilidade fundada no risco

O surgimento da idéia de risco, como fundamento da responsabilidade civil, conforme já demonstrado, deu-se a partir da segunda metade do século XIX,[28] colocando sempre em foco a insuficiência do clássico conceito de culpa. Realmente, a nova teoria surgiu do desejo do restabelecimento de um equilíbrio social que parecia rompido, da aspiração de maior harmonia entre interesses que se chocavam, do reforço das boas regras de convivência, da necessidade, enfim, da manutenção da própria paz social. E, como sói acontecer, especialmente no surgimento de uma nova doutrina, logo se multiplicaram os extremos da teoria objetiva. Neste contexto, surgiram, em torno da idéia central do risco, configurações que se identificaram como certas modalidades ou especializações.

Para alguns (adeptos da teoria do *risco-proveito*), o responsável seria aquele que tira o proveito com atividade por si desempenhada, raciocinando que onde está o ganho, aí reside o encargo (*ubi emolumentum,*

(27) Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 266) menciona os exemplos da indenização da vítima por acidente no trabalho (imaginou-se que, no contrato de trabalho, ocorre a "obrigação de seguridade" e, sobrevindo o acidente, o empregador tem o dever de indenizar, como efeito de uma obrigação contratual) e da indenização do viajante no transporte de pessoas. Antes, o viajante, vítima de um acidente, devia, para obter reparação, provar a culpa da companhia transportadora. Com o pressuposto de uma obrigação contratual de seguridade, a vítima é dispensada daquela prova, na consideração de que o acidente que a atingiu constitui, em si mesmo, uma falta contratual geradora da responsabilidade civil do transportador. Generalizou-se a idéia de que uma pessoa, ao ingressar em um veículo, adere a um contrato de transporte, celebrado com o proprietário ou a empresa proprietária do veículo. Ocorrendo um acidente, o prejudicado busca a reparação numa cláusula contratual (imaginária ou real) sob alegação de que o transportador se obrigara a conduzi-lo incólume até o ponto de destino.

(28) A respeito da evolução da responsabilidade objetiva através dos tempos, recomenda-se a leitura de Wilson de Melo SILVA (1962, p. 51-74).

ibi onus).[29] Para outros, o que prevalece é o *risco profissional*, pertinente à atividade laboral na relação jurídica de vínculo empregatício que se forma entre o empregador e o empregado. Afasta-se a idéia de culpa, impondo ao empregador a obrigação do ressarcimento por acidentes ocorridos com seu empregado, em decorrência da disponibilidade deste para o trabalho ou por ocasião dele.[30] Ademais disso, num outro sentido, dá-se realce à idéia de responsabilidade decorrente de um *risco excepcional ou exacerbado*, em que há, na atividade desenvolvida pelo ofensor, maior suscetibilidade de causação de prejuízos.[31]

Há, também, corrente de doutrinadores adeptos da teoria do *risco-criado*, que tem uma amplitude maior do que as especializações anteriores, considerando que, pelo próprio fato de agir, o homem frui todas as vantagens de sua atividade, criando riscos de prejuízos para os outros, de que resulta o justo dever de eventuais ressarcimentos. Demonstrando a importância da doutrina do risco criado, Alvino LIMA (1999, p. 119) assevera, *in verbis*: "A teoria objetiva, que funda a responsabilidade extracontratual no risco criado pelas múltiplas atividades humanas, foi, sem dúvida, a que fixou as bases da nova concepção da responsabilidade sem culpa, passando do campo doutrinal para o direito positivo".[32]

(29) A teoria do risco-proveito recebeu críticas, pois se a razão da responsabilidade pelo risco, na espécie, é o proveito, na ausência de lucro, teria, *ipso facto*, cessado a responsabilidade do agente. Para Alvino LIMA (1999, p. 198), "a objeção é demasiadamente superficial, porque o proveito não se determina concretamente, mas é tido como finalidade da atividade criadora do risco. Se agirmos criando um risco ameaçador da integridade ou do patrimônio de terceiro, procuramos tirar desta atividade o proveito maior possível. Se não conseguirmos, nem por isto deixamos de criar o risco, tendo em vista uma finalidade de lucro, sem que a vítima tenha concorrido para a sua não realização". Assim, a eventualidade do ganho é que se leva na devida conta.

(30) Cf. Paulo Sérgio Gomes ALONSO (2000, p. 61).

(31) Carlos Alberto BITTAR (1999, p. 52) menciona exemplos de atividades de exploração industrial do átomo, em que o fundamento da responsabilidade seria o "risco nuclear".

(32) Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 284) deixa bem clara sua predileção pela teoria do *risco criado*, vejamos: "Das modalidades de risco, eu me inclino pela subespécie que deu origem à teoria do *risco criado*. Como já mencionei, ao elaborar o Projeto de Código de Obrigações de 1965, defini-me por ela, no que fui seguido pelo Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto 634-B). Depois

3.2.3 A responsabilidade civil do Estado e a socialização dos prejuízos causados pelo ente estatal

Em relação à responsabilidade civil do Estado (matéria afeta ao campo do direito público), enfrentou-se a teoria da culpa e do mau funcionamento do serviço público (teoria do acidente administrativo), com a teoria do risco administrativo (chamada, por alguns, de doutrina do risco integral[33]), como forma de repartir, por todos os membros da coletividade, os danos atribuídos ao Estado. O direito brasileiro, em um primeiro momento adepto da teoria subjetiva, passou, a partir da Constituição de 1946, a agasalhar a teoria objetiva da responsabilidade do Estado.

de haver o art. 929 deste Projeto enunciado o dever ressarcitório fundado no conceito subjetivo, seu parágrafo único esposa a doutrina do risco criado, a dizer que, independentemente da culpa, e dos casos especificados em lei, haverá obrigação de reparar o dano 'quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem'".

(33) Para Hely Lopes MEIRELLES (1994, p. 557-558), a teoria do risco compreende duas modalidades: a do risco administrativo e a do risco integral; a primeira admite (e a segunda não) as causas excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, culpa de terceiros e força maior. Todavia, a maior parte da doutrina não faz tal distinção, considerando as duas expressões – risco integral e risco administrativo – como sinônimos ou tratando do risco administrativo como correspondente ao acidente administrativo. Mesmo os autores que mencionam a teoria do risco integral admitem as causas excludentes da responsabilidade (vide DI PIETRO, 1999, p. 504-505). Yussef Said CAHALI (1996, p. 40), criticando a diferenciação procedida por MEIRELLES, sustenta que "a distinção entre *risco administrativo* e *risco integral* não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das *conseqüências* irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu *efeito* de permitir contraprova de excludente de responsabilidade, *efeito* que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção. (...) Deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco – risco integral, risco administrativo, risco proveito – aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como *causa* da verificação do *dano injusto*".

3.2.3.1 O Estado como sujeito de direitos e deveres

Antes, porém, de adentrarmos sobre as posições doutrinárias a respeito da responsabilidade civil do ente estatal, importante se faz uma breve exposição sobre a noção de pessoa jurídica, como sujeito de direitos, que não se confunde com o indivíduo da espécie humana. Pode-se conceituar pessoa jurídica como a entidade coletiva a que a lei empresta personalidade, capacitando-a a ser sujeito de direitos e obrigações. Conforme aponta Miguel REALE (1993, p. 229-234), várias teorias procuram explicar o fenômeno pelo qual um grupo de pessoas (ou uma dotação de bens, no caso das fundações) passa a constituir uma entidade com individualidade própria, reconhecida juridicamente e distinta das pessoas (ou fundo) que a compõem.

Tem-se, assim, por exemplo, a teoria da ficção legal, sustentada por Savigny, que afirma ser a personalidade um atributo do homem, mas o direito pode, em certos casos, por uma ficção, retirar a personalidade (como acontecia com os escravos) ou dá-la a quem não tem. Essa teoria sofre severa crítica, pois o Estado é uma pessoa jurídica e dizer-se que o Estado é uma ficção seria o mesmo que dizer que o direito, que dele emana, também o seria.

Contra a teoria da ficção, ergueram-se as "teorias da realidade". Nessa linha de entendimento, há os que sustentam, tal como o jurista alemão Gierke (com sua teoria da realidade objetiva), que a pessoa jurídica é uma realidade sociológica, seres com vida própria que nascem por imposição das forças sociais. Outros, como Rudolf von Ihering, entendem que a personificação dos grupos sociais é um expediente de ordem técnica, a forma encontrada pelo direito para garantir direitos subjetivos às pessoas jurídicas. O direito subjetivo (*facultas agendi*) pode surgir em benefício de uma coletividade de homens e, por conseguinte, é indispensável que haja uma vontade criada, para a ela se imputar um direito subjetivo das coletividades (teoria da realidade técnica ou da vontade). Pode-se mencionar, também, a teoria da realidade jurídica ou institucionalista, defendida por Maurice Hauriou, no sentido de que a personalidade (capacidade de ter direitos e contrair obrigações) não é um atributo natural; não é predicativo natural nem no homem, nem em nenhuma outra categoria de seres. A capacidade é um atributo jurídico que o direito objetivo confere a um determinado ser.

O novo Código Civil (Lei 10.406/2002) regula, em seus arts. 40 a 52, as disposições gerais a respeito das pessoas jurídicas, classificando-as como de direito público (interno ou externo) e de direito privado. Pode-se depreender de tais normas que são pessoas jurídicas de direito público interno as seguintes entidades: a União; os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; os Municípios; as autarquias; e as demais entidades de caráter público criadas por lei. Em face do disposto no art. 43, "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".

3.2.3.2 A evolução histórica da responsabilidade civil do Estado

O problema da responsabilidade civil do Estado não é antigo no direito. Com efeito, segundo leciona João Francisco SAUWEN FILHO (2001, p. 37), somente a partir da segunda metade do século XIX é que a questão veio a ser mais constantemente apreciada e debatida por juristas. Houve, a partir de então, intensa divergência de opiniões a respeito da questão concernente à responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados por seus agentes, advindo daí posições distintas.

Inicialmente, defendia-se o princípio da irresponsabilidade total, argumentando que o Estado, como ente abstrato, seria incapaz de fazer o mal e, além disso, por ser instituído em caráter superior e por visar precipuamente ao interesse público, não deveria estar sujeito às normas e às mesmas regras de obrigação extracontratual próprias do direito privado (que não seria aplicável às relações contra o ente estatal).[34] Cumpre

(34) Até o século XVIII, o Estado não tinha as mesmas características e concepções do Estado Moderno (Estado de Direito). Os dirigentes eram soberanos absolutistas, normalmente Rei ou Imperador. Só eles podiam dizer o que fosse bom para os súditos. Estes se sujeitavam sem rebeldia, por medo ou por entenderem certo e inquestionável o poder do Rei. O poder absoluto fundava-se na teoria do absolutismo de direito divino, pela qual os reis representavam Deus na Terra e em nome dele agiam. Assim, as determinações, por mais perversas que fossem, não poderiam se submeter à censura, uma vez que emanavam diretamente de Deus. A máxima então vigente era a de que o Rei não erra, não faz o mal ou, ainda, o que agrada ao Príncipe tem valor de lei. Cumpre

ressaltar que os Estados Unidos e a Inglaterra só, recentemente, vieram a abandonar a teoria da irresponsabilidade, por meio do *Federal Tort Claim Act* (de 1946) e do *Crown Proceeding Act* (de 1947), respectivamente.

Tal posicionamento, a partir de meados do século XIX, evoluiu, para, prestigiando o princípio da inviolabilidade da propriedade privada (vide José AMADEO, 1998, p. 13), entender que o Estado é, sim, responsável pelos danos causados a terceiros pela prática dos chamados atos de gestão, em contraponto com os atos de império (estes insuscetíveis de gerar responsabilização). Ao praticar atos de gestão, o Estado teria atuação equivalente à dos particulares em relação aos seus empregados ou prepostos; como para os particulares vigorava a regra da responsabilidade, nesse plano, o Estado seria responsabilizado desde que houvesse culpa de seu agente. Contrariamente, ao editar atos de império (estreitamente vinculados à soberania), o Estado estaria isento de responsabilidade.

A partir de então, em um segundo momento da concepção civilista da responsabilidade estatal, passou-se a admitir que o Estado deve responder, de uma forma mais genérica, pelos atos culposos ou dolosos de seus agentes, levando-se em conta que a responsabilidade do Estado não deve ser mais branda do que aquela imposta às pessoas jurídicas de direito privado.

Numa outra fase, o sentido de culpa do agente foi transferido para a atuação administrativa em si, elaborando-se a idéia de que o Estado

ressaltar, na esteira preconizada por Inocêncio Mártires COELHO (1990, p. 15), que o direito, qualificador do Estado de Direito, não se identifica, de forma singela, com qualquer lei ou conjunto de leis indiferentes ao seu conteúdo. Afinal, o Estado Absolutista, de certa forma, não excluía a legalidade para justificar as incômodas intervenções administrativas na vida privada. O verdadeiro Estado de Direito deve prestigiar uma normatividade harmônica com a idéia de legitimidade, de justiça, dos fins e valores a que deve servir o direito, em resumo, uma normatividade preocupada com a justa *idéia de direito*. Inocêncio Mártires COELHO (1990, p. 19), acompanhando lição de Elias Diaz (*Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid: EDICUSA, 1975, p. 29 e 41-42) aponta, também, características gerais de todo autêntico Estado de Direito, a saber: a) império da lei: lei como expressão da vontade geral; b) divisão de poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário; c) legalidade da administração: atuação segundo a lei e suficiente controle judicial; e d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material.

repararia o dano sempre que fosse comprovado mau funcionamento, não-funcionamento ou funcionamento tardio do serviço. Surgiu, assim, a teoria da falha da Administração, culpa administrativa ou culpa anônima. Todavia, nesse modelo, conforme ressalta Odete MEDAUAR (2002, p. 444), restava grave inconveniente para vítima, qual seja: o ônus da prova do mau funcionamento da atividade estatal (muito difícil de realizar, sobretudo por demandar um padrão de funcionamento previamente estabelecido, que em geral não existe). Nessa mesma linha de raciocínio, Yussef Said CAHALI (1996, p. 34) observa que o modelo genuinamente objetivo "mostra-se, assim, incompatível com a concepção da *faute du service*, com a culpa anônima da Administração, como causa da responsabilidade civil do Estado, no que esta nada mais é que uma transposição e adaptação, no âmbito do direito público, de uma concepção privatística por excelência".

Diante disso, no estágio mais recente da evolução das teorias concernentes à responsabilidade do Estado, formulou-se a teoria do risco administrativo, segundo a qual, em face das inúmeras e variadas atividades da Administração, existe a probabilidade de danos serem causados a particulares. Nada obstante o Estado atue em prol de toda a coletividade, é possível que alguns integrantes da população sofram danos anormais – que excedem os incômodos provenientes da vida societária – por condutas dos agentes estatais. Destarte, se, em princípio, todos se beneficiam das atividades administrativas, todos devem compartilhar do ressarcimento dos danos causados a alguns, razão pela qual se atribui ao Estado o encargo de ressarcir os prejuízos que agentes do Estado, nessa qualidade, causarem a terceiros.

3.2.3.3 A responsabilidade civil do Estado brasileiro

O Brasil – tendo obtido a sua independência política em 1822 – nasceu, como Estado soberano, numa época em que a doutrina jurídica já iniciava a superação da teoria da irresponsabilidade do Estado. Assim, à exceção da época em que éramos colônia lusitana (momento em que vigiam as Ordenações Reinóis), não há, na história de nosso direito, época alguma em que tenha vicejado a referida tese de irresponsabilidade.

Não cuidando diretamente da responsabilidade civil do Estado, a Constituição Imperial de 1824 (inciso XXIX do art. 179) e nossa primeira

Constituição Republicana (de 1891, art. 82) atribuíam aos empregados (funcionários) públicos a responsabilidade pelos danos causados a terceiros e à própria Administração por abusos ou omissões.[35] Muito embora as referidas Constituições não tenham explicitado a responsabilidade do Estado, ao reconhecerem a responsabilidade dos agentes e considerando a então prevalecente doutrina civilista, a obrigação ressarcitória do ente estatal em face dos prejuízos causados por estes não podia ser desconsiderada. Firmando a responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados por seus agentes, a Lei Federal 211, de 20 de novembro de 1894, no § 10 do artigo 13, estabelecia a competência do Poder Judiciário para "julgar as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenizações de prejuízos ou quaisquer outras propostas pelo governo da União contra particulares *e vice-versa*".

Com efeito, a relação existente entre os funcionários (agentes públicos) e o Estado é de imputação, em que a atuação daqueles é imputada à pessoa jurídica que eles integram, ou seja, a atividade dos agentes identifica-se e confunde-se com a da própria pessoa jurídica por eles integrada. Por seu turno, o Código Civil brasileiro de 1916 (Lei 3.071/1916) previu, expressamente, no seu art. 15, a responsabilização do Estado, e a doutrina predominante conferiu a esse dispositivo interpretação baseada na concepção civilista, centrada no dolo ou na culpa do agente público.[36]

(35) Impende mencionar que a Carta Constitucional de 1824, seguindo o princípio comum aos regimes monárquicos, chegou a ressalvar, em seu art. 99, que o imperador não estava sujeito à responsabilidade alguma, *in verbis*: "Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma". De qualquer forma, o inciso XXIX do art. 179 da Carta de 1824 dispunha, *in verbis*: "Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos." Já o art. 82 de nossa primeira Constituição Republicana apregoava, *in verbis*: "Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência, ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos. Parágrafo único. O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho de seus deveres legais."

(36) Assim reza o art. 15 do Código Civil de 1916, *in verbis*: "Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus

A Constituição de 1934, ainda adepta da teoria subjetiva, acolheu o princípio da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário, dispondo no seu art. 171 (*caput* e parágrafos) que "os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos". Esse dispositivo normativo foi repetido no art. 158 da Constituição de 1937.

Apenas com o advento da Constituição de 1946 (art. 194) é que o Brasil passou a adotar a teoria objetiva do risco administrativo para a configuração da responsabilidade civil do Estado, não recepcionando, assim, o art. 15 do Código Civil. De acordo com o referido art. 194, "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros". E, conforme parágrafo único, "caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa dêstes". Para sustentar a consagração da teoria objetiva, parte-se da idéia de que, se só é exigível a prova da culpa ou dolo para o direito de regresso contra o funcionário, é porque não quis o constituinte originário fazer a mesma exigência para as pessoas jurídicas.

Muito embora fosse dominante a corrente doutrinária a sustentar a adoção, pelo Brasil, da teoria objetiva (representados por renomados juristas da categoria de Amaro Cavalcanti, Pedro Lessa, Orosimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Aguiar Dias),[37] não faltaram vozes igualmente famosas (de Themístocles Cavalcanti, Pontes de Miranda, Agostinho Alvim, Arnóbio Wanderley e Gonçalves de Oliveira) a defender a idéia de que, "enquanto não for revogado ou modificado pelo legislador ordinário o art. 15 do Código Civil, que continua em pleno vigor, não é possível adotar-se, como regra geral, a teoria do risco".[38]

representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando o dever prescrito por lei, salvo o direito de regresso contra os causadores do dano."

(37) Cf. Josivaldo Félix de OLIVEIRA (1998, p. 59-60).

(38) Vide Alfredo de Almeida PAIVA (1953). O autor pondera que, ao fixar o princípio da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, o legislador constituinte não se inclinou por nenhuma das correntes que disputam, entre si, a solução da controvérsia, adotando quaisquer das teorias existentes a respeito. Assim agiu, acrescenta PAIVA, não só por pretender incluir

Por seu turno, criticando também o entendimento de que a teoria objetiva devesse ser aplicada para todo e qualquer caso de responsabilização do Estado, Caio TÁCITO (1959) alega que o princípio do risco deve ser reservado aos casos excepcionais explicitamente instituídos por lei ou especialmente consagrados pela jurisprudência. A regra, assim, segundo o douto professor da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (1959, p. 268), seria a da responsabilidade do Estado fundada, basicamente, em uma falta imputável ao serviço público, *in verbis*: "[A *falta do serviço*] rege as relações entre a administração e os usuários do serviço público. Como a êstes assiste direito à prestação administrativa regular, a responsabilidade nasce da relação de causalidade entre o dano e o funcionamento imperfeito do serviço; constitui, assim, em sentido lato, um conceito subjetivo de responsabilidade por falta. (...) A falta de serviço está, em princípio, ligada ao ato ilícito de um funcionário que, no desempenho de suas funções, causou dano ao patrimônio individual. Mas a noção de responsabilidade abrange, também, as faltas anônimas, em que não se identifica um agente certo: é o próprio serviço, em seu conjunto, que não funcionou adequadamente, produzindo o evento danoso. A *falta de serviço* do funcionário completa-se, em suma, com a noção da *falta do serviço público*. Tal sentido anônimo ou genérico da causalidade do dano compreende três hipóteses distintas, consagradas na jurisprudência do Conselho de Estado [Francês] e a que já se referia Paul Duez: 1°) o serviço funciona mal (culpa *in committendo*); 2°) o serviço não funcionou (culpa *in omittendo*); 3°) o serviço funcionou tardiamente. Determinados serviços administrativos gozam, por sua natureza, de uma responsabilidade mitigada, em razão da *gravidade* da falta de serviço. Em certos casos, a responsabilidade administrativa não ocorre senão mediante *faltas graves*, ou *faltas de manifesta* e *particular gravidade*: assim os serviços de polícia e de hospitais, serviços de saúde pública, serviços fiscais, serviços contra incêndios e serviços penitenciários".

A Constituição de 1967 (em seu art. 105) adotou a regra contida no art. 194 da Constituição de 1946, sendo que, no parágrafo único,

no dispositivo constitucional todos os casos de responsabilidade, como, também, porque entendeu mais acertado reservar ao legislador ordinário a faculdade de adotar, de futuro, a teoria que lhe parecesse mais acertada e aconselhável, mantendo ou alterando o sistema vigorante.

acrescentou que a ação regressiva caberia em caso de culpa ou dolo, expressão não incluída no preceito da Constituição anterior. Na Emenda n. 1, de 1969, a mesma norma foi mantida no artigo 107.

Por fim, a Constituição de 1988, no artigo 37, § 6º, determina 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".

3.2.3.4 A Constituição de 1988 e a responsabilidade objetiva das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos

Verificamos que o preceito constitucional estabeleceu duas relações de responsabilidade: a do poder público e de seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, responsabilidade aferida por critérios objetivos; e a do agente causador do dano, perante a Administração ou empregador (delegado de serviço público), de caráter subjetivo, fundada no dolo ou na culpa. Vale dizer que, na hipótese de responsabilidade das pessoas jurídicas prestadores de serviço público, caso estas venham a se encontrar em situação de insolvência e frustrar o ressarcimento devido à vítima, caberá, a princípio, ao Estado responder, subsidiariamente, com as obrigações daí provenientes.[39]

(39) Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2001, p. 669-670) leciona, *in verbis*: "Pode dar-se o fato de o concessionário responsável por comportamento danoso vir a encontrar-se em situação de insolvência. Uma vez que exercia *atividade estatal*, conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros *por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em mãos*. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Neste caso, parece indubitável que o Estado terá que arcar com os ônus daí provenientes. Pode-se, então, falar em *responsabilidade subsidiária* (não solidária) existente em certos casos (...). O fundamento dela está em que o dano foi efetuado por quem agia *no lugar do Estado* e só pôde ocorrer em virtude de estar o concessionário no exercício de atividade e poderes incumbentes ao concedente." Todavia, adverte o eminente administrativista que os prejuízos de terceiros oriundos de comportamentos do concessionário alheios à própria prestação do serviço não são suportáveis pelo concedente no caso de insolvência do concessionário. Afinal, "quem contrata ou se relaciona com este

Considerando que notários e registradores são profissionais do direito que prestam serviço público, por delegação do Poder Estatal, resta indagar se estes prestadores de serviço delegado devem ser considerados, para efeito de incidência do disposto no § 6º do art. 37 da CF, como delegados (que possuem a responsabilidade direta exclusiva e objetiva, ensejando eventual responsabilidade subsidiária do Estado) ou como agentes públicos (cuja responsabilidade é subjetiva, perquirindo-se dolo ou culpa). Outrossim, havemos de verificar se, de fato, é a mencionada regra do § 6º do art. 37 da Constituição que regula, constitucionalmente, a responsabilidade civil de notários e registradores. Esses temas serão abordados mais adiante em momento oportuno.

Quanto à qualidade da pessoa responsável, a Constituição faz menção às "pessoas jurídicas de direito público *e as* de direito privado prestadoras de serviços públicos". Indaga-se: as *pessoas físicas* prestadoras de serviço público são alcançadas pelo dispositivo contido no § 6º do art. 37 da Constituição de 1988? Entendemos que sim. Malgrado as concessões de serviço público constituam geralmente, conforme dispositivo legal (Lei 8.987/1995, art. 2º, II), delegação "à pessoa jurídica ou consórcio de empresas", não se pode negar a existência de *permissão de serviço público* (Lei 8.987/1995, art. 2º, IV) delegável "à pessoa física ou jurídica". Assim, quando o constituinte originário fez menção à responsabilização das pessoas "prestadoras de serviço público", referiu-se aos delegados (concessionários e permissionários[40]) de serviço público, de forma genérica, referindo-se às *pessoas (físicas ou jurídicas) de direito privado* que exerçam sua atividade por meio de delegação.

Nesse mesmo sentido, para Walter CENEVIVA (1999, p. 56), o § 6º do art. 37 da Constituição estende o adjetivo *jurídicas* às pessoas de

> [concessionário], tanto como em suas relações com qualquer outra pessoa, deve acautelar-se com respeito às condições de solvência da outra parte. Não pode, em suma, contar antecipadamente com que o Estado respalde economicamente o concessionário, pois tal não se dá. O concessionário, pessoa de Direito Privado, de objetivos econômicos, está, ao agir nesta qualidade, sujeito, como qualquer empresa, aos percalços naturais da atividade empresarial; terceiros não podem deixar de levar em consideração este fato".

(40) No julgamento do RE 206.711-RJ, sob a relatoria do Min. Moreira Alves, a 1ª Turma do STF deixou patente que as permissionárias são alcançadas pela responsabilidade direta e objetiva prevista no § 6º do art. 37 da CF (Acórdão exarado em 26.03.1999 e publicado no *DJ* de 25.06.1999).

direito privado, sem excluir desta última categoria as pessoas físicas (naturais). Conclui o conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo que, "se o espírito da lei [Constituição] fosse o de aludir apenas às pessoas jurídicas de direito privado, não careceria da construção adotada, pois indicaria pessoas jurídicas de direito público *ou* de direito privado prestadoras de serviços públicos, usando a conjunção alternativa, e não a aditiva." Esse também é o entendimento da causídica Ana Cristina de Souza MAIA (2002, p. 7), ao asseverar que "é importante notar que não só as pessoas jurídicas de direito privado, mas também as pessoas físicas estão sujeitas à incidência da responsabilidade objetiva. Para isso basta que estejam exercendo função de natureza pública delegada pelo Estado". E arremata: "É aí que se enquadram os notários e registradores".[41]

3.2.3.4.1 A atuação dos agentes públicos, "nessa qualidade", comprometedora do Estado

No que tange à responsabilidade pelos danos advindos da atuação "dos agentes, nessa qualidade", como já visto, ao Estado, na condição de pessoa jurídica, são imputados o querer e o agir dos agentes. A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes do Estado. Conforme ensina BANDEIRA DE MELLO (2001, p. 814), esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada –, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente, nestas condições, faça é o que o Estado fez. A relação orgânica entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente

(41) Embora admitamos que as pessoas físicas prestadoras de serviços públicos possam ser responsabilizadas objetivamente, com base no § 6º do art. 37 da CF, não concordamos com Ana Cristina de Souza MAIA (2002, p. 7), no sentido de que a responsabilidade de notários e registradores estaria enquadrada neste dispositivo constitucional. Conforme demonstraremos mais adiante, a norma que regula a responsabilidade civil de notários e registradores está insculpida no § 1º do art. 236 do Texto Constitucional. De qualquer forma, entendemos correta, para os efeitos de aferição da responsabilidade subsidiária do Estado, a utilização da regra disposta no início do referido § 6º, no sentido de que notários e registradores sejam tratados como prestadores de serviços públicos por delegação e não, propriamente, agentes públicos, a ensejar a responsabilidade direta do ente estatal.

ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal.

Nota-se que o constituinte de 1988, ao valer-se da expressão "seus agentes", ampliou a categoria dos sujeitos que comprometem o Estado (antes, nas Constituições de 1946 e 1967, expressos tão-somente como "funcionários públicos"). Com advento de nossa atual Carta Política, o Estado é responsável pelos agentes públicos *lato sensu* (nos termos em que já se teve oportunidade de mencionar no item 2.4 supra), ao passo que as demais pessoas jurídicas de direito público (como autarquias e fundações) e as de direito privado prestadoras de serviços públicos (como empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias) responderão direta e objetivamente por atos de seus agentes contratados.

Quanto ao comprometimento do Estado pela atuação de seus agentes públicos, nem sempre aquele responderá pelas atitudes destes. Com efeito, a pessoa também age em situação totalmente alheia à sua qualidade de agente público. O Estado se responsabilizará pelos atos (comissivos ou omissivos) de seus agentes sempre que o dano causado a terceiro for produzido em decorrência do fato de seu autor ser agente estatal, ou seja, porque a pessoa que o produziu detinha *status* jurídico de agente público. Nesse sentido, acarretam responsabilidade do Estado não só os danos produzidos no próprio exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que só puderam ser produzidos graças ao fato de o agente prevalecer-se da condição de agente público.

No entender de Almiro do COUTO e SILVA (1995, p. 27), ainda que seja funcionário de fato ou que sua conduta seja abusiva (como a do motorista do ministério que, dirigindo veículo público, vai visitar a namorada e, no percurso, mata um transeunte), mesmo assim foi sua qualidade ou condição de agente público que possibilitou o dano. Tal circunstância é suficiente para dar ensejo à responsabilidade do Estado, não sendo admissível que do ato resultem efeitos exclusivamente para a pessoa do agente. Este só será o único responsável quando sua ação ou omissão não tenha qualquer relação com o serviço público, o que nem sempre é fácil distinguir.[42]

[42] Neste sentido, vide julgamento no RE 160.401-SP, sob a relatoria do Min. Carlos Velloso, julgado em 20.04.1999, publicado no *DJ* de 04.06.1999. A 2ª

3.2.3.4.2 A vítima pode optar por demandar diretamente contra o agente público

É relevante cogitar se a vítima, uma vez ocorrente o dano oriundo da prestação de um serviço público, pode optar por demandar imediatamente o agente público, isto é, deve-se perquirir se existe, ou não, solidariedade entre o ente estatal e o agente público. A esse respeito, Renan Miguel SAAD (1994, p. 60) demonstra que o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime do plenário, julgou ser possível acionar o funcionário público direta e independentemente de se acionar o Estado, ou em litisconsórcio.[43]

Turma do STF entendeu que, no caso em apreço, a agressão praticada por soldado para corrigir as pessoas, mesmo fora do serviço, foi na condição de policial-militar. O que ficou assentado é que o preceito constitucional não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público.

(43) Faz-se menção ao julgamento do Conflito de Jurisdição 6.612-MG, sob a relatoria do Min. Octavio Galloti, Tribunal Pleno, julg. 03.12.1986 e public. *DJ* 20.02.1987. Pode-se citar, ainda no STF, os julgamentos do RE 90.071-SC, sob a relatoria do Min. Cunha Peixoto, Tribunal Pleno, julg. 18.06.1980 e public. *DJ* 26.09.1980, do AI 106.483 AgRg-DF, sob a relatoria do Min. Rafael Mayer, 1ª Turma, julg. 26.11.1985 e public. *DJ* 06.12.1985 e do RE 94.121-MG, sob a relatoria do Min. Moreira Alves, julg. 03.03.1982 e public. *DJ* 28.05.1982. No STJ, neste sentido, vide AG 275.337/PR (Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJ* 27.03.2000). A corrente majoritária sustenta que o prejudicado por ato ilícito de funcionário público pode abrir mão de sua faculdade de dirigir sua pretensão indenizatória contra o Poder Público, limitando-se a acionar apenas e tão-somente contra o causador direto do dano; assumindo, assim, a vítima, o ônus de provar a culpa ou dolo do funcionário. Contudo, devemos alertar que o tema é discutível. Diferentemente do que dispunha o art. 171 da Constituição de 1934 (repetido no art. 158 da Constituição de 1937), a Constituição de 1988 não trata da matéria relativa à solidariedade. Para Carmen Lúcia Antunes ROCHA (1991, p. 108), Rui STOCO (1995, p. 50-51) e Osvaldo Antonio de LIMA (1999, p. 72-78), a responsabilidade direta é apenas do ente estatal, pois consoante a teoria do órgão (e sua imputação à entidade), o agente público, ao atuar, forma aquela que vai ser tida como vontade da própria pessoa estatal. Assim, a relação jurídica embasada numa causa produzida pela entidade estatal, por meio de seu agente, torna-a responsável primária e direta pelo ônus nascido da obrigação, sem que ao agente público seja entregue a carga dela decorrente. Segundo referência feita por Osvaldo Antônio de LIMA (1999), acompanham esta linha de pensamento os

3.2.3.4.3 A responsabilidade subjetiva do Estado por atos omissivos de seus agentes

No que concerne às características da conduta lesiva ensejadora da responsabilidade objetiva do Estado, a doutrina majoritária entende que a responsabilidade objetiva decorre de atos comissivos dos agentes

seguintes juristas, a saber: José Afonso da Silva, José Cretella Júnior e Celso Ribeiro Bastos. Por outro lado, a corrente majoritária, com a qual concordamos, defende que a responsabilidade objetiva foi erigida para beneficiar e proteger o particular lesado, cabendo-lhe a faculdade de escolher contra quem dirigirá a ação de reparação de danos bem como qual o fundamento a ser invocado: se contra o ente estatal, bastará a comprovação do nexo causal; se contra o agente público, terá de provar ainda dolo ou culpa deste. Tal entendimento contribui, também, para aumentar o senso de responsabilidade dos agentes públicos, conforme bem acentua Hugo de Brito MACHADO (2002). Ademais, fazendo-se uma analogia, a legislação ordinária ao tratar da solidariedade, no artigo 942 do novo Código Civil (da mesma forma que dispunha o parágrafo único do art. 1.518 do Código Civil de 1916), determina, nos casos de responsabilidade aquiliana, "(...) se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação". Não se desconhece, contudo, que, em face de atos judiciais ou de outros agentes políticos (investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica), o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a ação deve ser, exclusivamente, deduzida contra o Estado e não contra o agente político (vide Informativo do STF 263, a respeito do RE 228.977, julgado em 05.03.2002 e com acórdão publicado no *DJ* de 12.04.2002). O Estado é que, posteriormente, terá assegurado direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa deste. Há, também, o entendimento de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário em sua função jurisdicional, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Com esse entendimento, o STF (no julgamento do RE 219.117/PR, sob a relatoria do Min. Ilmar Galvão, vide Informativo STF 156, no título "Responsabilidade civil do Estado e ato judicial"), em 03.08.1999, reformou acórdão do Tribunal de Justiça estadual e desobrigou o Estado do Paraná do pagamento de indenização por ato de seu juiz. Os desembargadores estaduais haviam reconhecido o suposto direito de indenização contra o Estado a um adquirente de imóvel, com base no presumido *error in judicando* de juiz que, desfazendo compra e venda regularmente entabulada, declarara a existência de fraude à execução em venda de bem, muito embora a penhora não tivesse sido registrada no competente cartório de imóveis, restando inexistente, assim, a má-fé do adquirente.

estatais. Quanto aos atos omissivos, a responsabilidade será subjetiva (mesmo quando se aplicam mecanismos de inversão do ônus da prova ou a teoria da culpa administrativa), devendo a vítima demonstrar a falha no serviço público. Neste caso de prejuízos decorrentes de omissões administrativas, o juiz verificará o dever do Estado em exercer o ato omitido, bem como analisará as condições do Estado em conseguir adimplir tal obrigação.[44]

Verificados os aspectos gerais relativos à adoção da teoria objetiva, como critério de aferição da responsabilidade do Estado e dos dele-

(44) Cf. Hely Lopes MEIRELLES (1994, p. 562), CAHALI (1996, p. 383), DI PIETRO (1999, p. 508), BANDEIRA DE MELLO (2001, p. 818-819), FARIA (2000, p. 544), CRETELLA JÚNIOR (1999, p. 698), GASPARINI (2001, p. 826) e Carlos VELLOSO (1987, p. 246 e 251). Na jurisprudência, entendendo que os atos omissivos ensejam responsabilidade subjetiva do Estado, vide julgamento, ocorrido em 12.12.1997, no RE 179.147, sob a relatoria do Min. Carlos Velloso, com acórdão publicado no *DJ* de 27.02.1998, bem como o julgamento, ocorrido em 15.04.1996, no RE 140.270, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, com acórdão publicado no *DJ* de 18.10.1996. Todavia, Guilherme Couto de CASTRO (2000, p. 61-62) e Sérgio CAVALIERI FILHO (2001, p. 169) chamam atenção para o fato de que se deve diferenciar a omissão genérica do Estado da omissão específica. Segundo esses dois autores, acompanhados por Aparecida VENDRAMEL (2000, p. 115-116), não é correto dizer que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo: assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir. Assim, quando o dano resulta da omissão específica do Estado, ou seja, quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não-impedimento do evento, o Estado responde objetivamente, como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante o período de aula (cf. julgamento no RE 109.615-RJ, sob a relatoria do Min. Celso de Mello, em que o STF entendeu ser objetiva a responsabilidade civil do Estado do Rio de Janeiro em face do acidente ocorrido, por omissão da Administração, nas dependências de uma de suas escolas municipais. Enquanto brincavam durante o recreio, uma criança atingiu o olho de uma outra, causando-lhe deformidade traumática com incapacidade permanente para o trabalho – perda total do globo ocular direito). No mesmo sentido, entendendo que o princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou *omissivo*, vejam-se RE 215.981-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 08.04.2002 e publicado acórdão no *DJ* de 31.05.2002, e RE 180.602-SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 15.12.1998 e publicado acórdão no *DJ* de 16.04.1999.

gados (concessionários e permissionários de serviços públicos), apreciado, também, o estabelecimento da teoria subjetiva para a responsabilização dos agentes públicos, passemos a analisar os problemas que circundam a doutrina da responsabilidade objetiva.

3.3 Críticas e problemas que envolvem o modelo da responsabilidade objetiva

O risco, como fundamento da responsabilidade, é alvo de críticas, basicamente, pelo fato de ser noção de alcance vago e de contornos mal definidos. De uma forma genérica, o risco é inerente a cada atividade humana.[45] O risco juridicamente admitido insere-se no exercício de uma atividade lícita. Nesse sentido, mostra-se conveniente a distinção feita por Ripert[46] entre atos normais e atos anormais. Somente os atos anormais dariam vazão à responsabilidade de quem os pratica. Como caracterizar, todavia, a normalidade ou anormalidade de uma atividade? Como se consegue analisar a presença ou não de um risco juridicamente apreciável em determinada atividade? O que se deve observar é que os riscos podem, ou não, ser admitidos socialmente, dependendo da relação custo-benefício que advenha de sua existência.

José Renato NALINI (1997, p. 72), ao dissertar sobre o *princípio do caráter perigoso do ato* como teoria explicativa da responsabilidade civil, sustenta que tal princípio pressupõe que o ser humano cria para seu semelhante um perigo particular. "É uma doutrina calcada em bases falsas. Nem todas as atividades são perigosas e mesmo aquelas longevamente assim consideradas vêm a demonstrar-se seguras, comparadas com outras não revestidas de tantos riscos, [como é o caso do transporte

(45) Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 267), ao mencionar doutrina do francês Gaudemet (*Théorie Generale des Obligations*, p. 310), explicita que "toda manifestação de atividade implica um risco, expõe a lesar interesses". Já Antonio Lindbergh MONTENEGRO (1996, p. 336), referindo-se à lição de Josef Esser e Eike Schmidt (*Schuldrecht*, Heidelberg, 1984, v. 1, § 33, p. 519), leciona que estes põem de manifesto um fato inconteste: "Sem risco ninguém hoje pode viver" (*Gefahrlos kann heute niemand leben*).

(46) Georges Ripert (*Traité elémentaire de droit civil*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, n. 924) apud Marcelo Kokke GOMES (2001, p. 41).

aéreo, em que as estatísticas provam ser o avião o meio mais seguro de transporte, vencendo de longe, em segurança, o aparentemente inofensivo automóvel.]"

Ao dissertar sobre os verdadeiros defeitos da teoria do risco, AGUIAR DIAS (1973, v. 1, p. 86-87) admite que esta doutrina não está isenta de crítica. A começar pela denominação. Se o que se quer determinar é o fundamento da responsabilidade, é bem de ver que a expressão *teoria do risco* não compreende o que pretende exprimir, deixando sem resposta a questão capital da causa: por que deve o agente arcar com o risco? Há hipóteses em que, em virtude da massificação, da produção, do consumo, da comunicação etc., a atividade arriscada, de que se aproveita diretamente o agente, beneficia, também, mesmo que indiretamente, a vítima do dano.

Wilson de Melo SILVA (1962, p. 175 e 185) chega a admitir que não se pode negar por completo o apreço ao elemento moral da imputabilidade para se ater, exclusivamente, ao elemento objetivo dos fatos. Não se deve preconizar a total supressão do critério da culpa pelo risco, como fundamento da responsabilidade civil. A doutrina objetiva surgiu, antes, para demonstrar a insuficiência do critério da culpa clássica como critério único. A responsabilidade objetiva e a subjetiva, apesar de possuírem fundamentação diversa e elementos diferentes, não são opostas e não há como se estabelecer uma hierarquia entre si. Há uma necessidade de coexistência da culpa com o risco, por mais que suas esferas de atuação sejam diferentes.

Apesar dos progressos da teoria do risco, esse método objetivo de aferição do dever de ressarcir tem criado situações excessivamente onerosas aos que são obrigados a indenizar. Para corrigir tais distorções, vem-se admitindo limitação quantitativa da indenização e adotando-se o seguro, na forma de *socialização* dos riscos.[47] Daí a tendência para ampliar o *seguro obrigatório*.

(47) Como visto, relativamente às atividades notariais, na China, é obrigatória, para os tabeliães, a constituição de um fundo de reserva equivalente a 3% (três por cento) da receita para fazer frente a eventuais indenizações. Acresce que o novo Código Civil contempla a hipótese de o juiz poder reduzir a indenização, em casos de culpa leve ou ausência de culpa (vide nota de rodapé 9 deste Capítulo 3). Cf., também, Orlando GOMES (1999, p. 281).

Calmon de Passos, em artigo publicado no livro organizado por LEÃO et PAMPLONA FILHO (2001, p. 134-140), intitulado de *O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro*, demonstra que cabe às ciências sociais a tarefa de fornecer análises que tornem possível uma compreensão das condições de vida da sociedade contemporânea. O horizonte de percepção desta sociedade, esclarece o autor, é caracterizado por uma crescente possibilidade de decisão. A partir da noção de poder decisório, o professor baiano faz a distinção entre perigo e risco (2001, p. 134-135), *in verbis*: "Se entendermos 'perigo' como a probabilidade de um evento futuro danoso, resultante do que pode ser imputado a algo externo, colocado fora do poder de opção do agente, será possível falar-se de 'risco' quando um dano, qualquer que seja, for passível de ser entendido como conseqüência de uma decisão. Nesses termos, a sociedade contemporânea caracteriza-se pela diminuição do perigo e incremento do risco". A ciência, a tecnologia e a economia de nossos dias contribuíram para essa redução do perigo. No que tange aos acontecimentos externos, a previsibilidade e o controle viabilizados pela tecnologia autorizam essa conclusão.

O incremento do risco e crescente anonimato das relações sociais, numa sociedade de massa, fizeram com que a responsabilidade civil buscasse fundamentos que não na culpa individual (deduzida de um comportamento sobre o qual teria o agente algum poder de opção). Nessa linha evolutiva, com a teoria objetiva, as luzes deslocam-se do ofensor para a vítima do dano. Todavia, Calmon de Passos (op. cit., p. 135) sugere que as conseqüências dramáticas e imobilizantes a que conduziria a permanência exclusiva da teoria subjetiva, que já reclamara sua ultrapassagem para a doutrina objetiva, pedem, agora, que se evolua para uma teoria da *responsabilidade coletiva*, como conseqüência de uma sociedade que incorporou o risco ao seu cotidiano como preço a pagar pelo que se fez prioritário – o progresso tecnológico e a produção em massa.

O fato é que, nos casos dos prejuízos oriundos de atividades lícitas, mas arriscadas, nada obstante o dano seja, normalmente, experimentado individualmente pela vítima, este dano tem sua causa em algo de que, mesmo indireta e remotamente, beneficia-se a própria vítima do prejuízo. Com efeito, também a vítima tira proveito da evolução tecnológica e das facilidades daí advindas. Não se está a negar o fato de que o dano

deva ser reparado, independentemente da investigação de quem seja seu causador e de sua culpabilidade; porém, gera perplexidade o fato de o ofensor suportar a perda patrimonial respectiva, ainda quando seja configurado nenhum ou quase nenhum seu poder de influir sobre os acontecimentos. Ademais, os danos que decorrem de atividades cuja licitude foi admitida em proveito (teoricamente) de todos, em benefício da convivência social, devem ser por essa mesma sociedade suportados.

Nesse sentido, revela-se induvidoso que, admitir-se a responsabilidade pelo risco, de matriz social, mantendo-se a antiga técnica de ressarcimento às custas exclusivamente do patrimônio individual do responsável (ofensor direto), significa inibir ou, até mesmo, inviabilizar a atividade produtiva. Assim, para se tornar operacional a teoria do risco, sem disfuncionalidade, impõe-se a solução pelo seguro (como técnica a serviço do interesse geral, mais adequadamente definível como *seguridade ou segurança social*), que institucionaliza o imperativo da solidariedade em uma sociedade de riscos.

Verifica-se, portanto, que a utilização precipitada e irrefletida do critério objetivo, para a aferição da responsabilidade, vem sendo objeto de severas críticas. Em vários casos, a só constatação da ocorrência de nexo de causalidade entre a conduta do autor e o dano experimentado pela vítima não é suficiente para a imposição de pena indenizatória ao agente causador do dano, devendo-se analisar, até mesmo, se, de fato, a vítima é que não deveria suportar o risco de ter seu patrimônio lesado.

Frise-se: há que se cuidar para que o rigorismo da responsabilidade objetiva não implique imobilidade ou inatividade da pessoa (física ou jurídica), em face do receio de que seja sempre responsável pelos danos que possam defluir de suas ações. Com efeito, fazer responsável aquele que atua pela só razão de seu atuar é regra que, dentre outros inconvenientes, pode produzir o desestímulo ao exercício de atividades úteis para a coletividade.

No que concerne à responsabilidade objetiva do Estado, alguns ilustres juristas já vêm apontando a inconsistência da generalização irrefletida da teoria do risco fundada na ocorrência de nexo de causalidade entre conduta estatal e prejuízo do cidadão. Conforme adverte Gilmar Ferreira MENDES (2000), o errado tratamento que se vem dando à configuração do nexo de causalidade (em que alguns tribunais vêm admitindo,

com estranha facilidade, hipóteses discutíveis de existência de nexo causal) combinado com o imensurável volume de processos judiciais em curso fazem com que o Estado seja responsabilizado indevidamente, *in verbis*: "O direito brasileiro, como é sabido por todos, aceita a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Mas será que isso quer dizer a responsabilidade do Poder Público por qualquer fato ou ato, comissivo ou omissivo no qual esteja envolvido, direta ou indiretamente? Qualquer acadêmico de direito que tenha uma mínima noção dos requisitos para a configuração dessa responsabilidade civil sabe que não. Porém, alguns de nossos juristas e magistrados têm-se servido de um conceito amplíssimo de responsabilidade objetiva, levando às raias do esoterismo a exegese para a definição do nexo causal. (...) O cortejo de aberrações não termina, e esses pleitos, pulverizados dentro da brutal massa de processos judiciais em curso, passam despercebidos, arrimados freqüentemente em laudos e pareceres técnicos de duvidosa idoneidade".

Ademais, contrariando a aplicação da teoria do risco, por repetidas vezes, alguns ministros do Superior Tribunal de Justiça (como o Min. Humberto Gomes de Barros e o então Min. Eduardo Ribeiro), em julgamentos de ações de ressarcimento por colisão de veículos envolvendo carros da Administração Pública, sustentaram o entendimento de que seria imprescindível, para a aferição da responsabilidade do Estado, além da comprovação do nexo de causalidade, a verificação da ocorrência de culpa do agente condutor do veículo oficial (ou, quando muito, inverter-se-ia o ônus da prova). Não estaríamos, portanto, diante de hipótese de responsabilidade objetiva, mas sim de inversão do ônus da prova, em que o Estado se libera do ressarcimento ou o tem reduzido, quando consegue provar ausência de culpa por parte do agente público ou culpa concorrente da vítima, respectivamente.[48]

[48] Cf. o julgamento no REsp 163.097/SP, sob a relatoria do Min. Humberto Gomes de Barros, da 1ª Turma, acórdão prolatado no dia 18.06.1998 e publicado no *DJ* de 28.09.1998. Da ementa se pode depreender a seguinte passagem: "Na indenização por acidente de trânsito, não existe responsabilidade objetiva do Estado, mas presunção *juris tantum* de culpa". Na mesma linha de entendimento, temos os julgamentos nos seguintes Recursos Especiais: REsp 13.621-SP, REsp 37.215-SP, REsp 42.349-SP, REsp 111.713-SP, REsp 149.999-PR, REsp 160.024-DF. Cumpre salientar, contudo, que a jurisprudência ora mencionada, a qual não agasalha a teoria do risco administrativo nas hipóteses de colisão de veículos, é minoritária.

A explicação para a não-aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, em tais ocasiões, encontra fundamento no fato de que, no tráfego de veículos públicos e colisão destes com particulares, geralmente, a Administração Pública não se apresenta como Estado-majestade, mas sim como se ente privado fosse. A relação jurídica aí originada não seria a assimétrica e verticalizada relação de regime público; antes, surge uma relação regulada pelo direito privado entre a Administração Pública e o particular. Diversas situações se sucedem, em que o Estado não se apresenta em posição de preeminência (gozando de poder e prerrogativas que os particulares não têm); e, nesses casos, não há como justificar um tão radical rompimento com os postulados estabelecidos para a responsabilidade civil no direito privado.[49] Há, portanto, casos de responsabilidade extracontratual em que não se percebem diferenças fundamentais entre a posição do Estado e a dos particulares. A doutrina do risco administrativo, no afã de buscar um mesmo fundamento para a responsabilidade do Estado, terminou por fazer generalizações descabidas. Procurando afastar a possibilidade de pesquisa sobre a culpa – porque este afastamento se impunha em muitos casos –, conduziu a situações também injustas que não são razoavelmente explicadas.

3.3.1 As dificuldades que permeiam a investigação do nexo de causalidade

Acresce que, afastada a indagação atinente ao fator culpa pela teoria do risco, a configuração da obrigação de indenizar necessita de clara comprovação do dano experimentado pela vítima e da relação de causa e efeito entre o prejuízo e o agente ofensor. E, quando várias são as causas que concorrem para a ocorrência do dano, sobram críticas às teorias

(49) A doutrina administrativista deixa patente que os "atos da Administração" não se confundem com "atos administrativos *stricto sensu*". Aqueles são gênero do qual estes são espécie. Ato da Administração é todo ato que tem origem na atuação de um agente público. Os atos administrativos, por seu turno, além de serem originados de agente público, gozam da característica de sobrepujança dos interesses públicos sobre os privados e da especificidade de certos atributos, tais como: imperatividade, coercibilidade, presunção de legalidade e auto-executoriedade. Ora, não se pode dizer que, via de regra, numa colisão de veículos em que se envolve a Administração Pública, estaríamos, necessariamente, diante de uma relação de direito público.

explicativas do nexo de causalidade. A verificação do fato determinante do prejuízo experimentado pela vítima é procedida, basicamente, por três critérios: a) o da equivalência das condições (ou *conditio sine qua non*); b) o da causalidade adequada e c) o da causalidade direta ou imediata (ou teoria da interrupção do nexo causal).

Pelo primeiro critério, qualquer dos fatos condicionantes pode ser tomado como causa eficiente do dano, uma vez que este não se produziria sem a concatenação dos fatos de que afinal veio a resultar o prejuízo. Segundo Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 78), esta teoria vem em socorro da vítima, tentando resolver, na prática, o problema da relação causal, e tem o mérito da simplicidade. Entretanto, por ter levado ao extremo as implicações da responsabilidade, ao atribuir a um dano uma infinidade de causas, esta teoria tem sido afastada pela nossa jurisprudência.[50]

Por meio do critério da causalidade adequada, considera-se fato determinante do prejuízo aquele idôneo (apto) a produzi-lo, de tal modo que qualquer pessoa medianamente discreta, colocada nas circunstâncias do autor, poderia prevenir o dano. Assim, o problema da relação de causalidade se resume a uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 79) adverte que, em face da constatação de mera probabilidade (que, por óbvio, não encerra uma certeza), depois de ter surgido, "bafejada por uma aura de prestígio, a doutrina da 'causalidade adequada' sofreu vigorosa crítica, entrando em desprestígio".

Pelo critério da causalidade imediata, considera-se causa do dano o fato de que deriva mais proximamente. Segundo ilustres representantes

(50) Wilson de Melo SILVA (1962, p. 209) ressalta que a teoria da equivalência das condições, pela nenhuma restrição à ampla regra do estabelecimento da relação causa e efeito, pode conduzir a resultados aberrantes dentro do direito. Por exemplo, levando-se em conta a teoria da equivalência das condições, na hipótese de um homicídio, poderia fazer-se estender a responsabilidade pelo evento danoso ao próprio fabricante da arma com a qual o dano se perpetrou. E, conforme exemplifica ironicamente Karl Binding (apud SILVA, 1962, p. 209), "a acolher-se a teoria da equivalência das condições em toda a sua extensão, talvez se tivesse de responsabilizar também, como partícipe do adultério, o próprio marcineiro que fabricou o leito no qual se deitou o casal amoroso..."

de nossas doutrina e jurisprudência, o Código Civil de 1916 teria acompanhado essa orientação,[51] ao determinar em seu art. 1.060 (regra repetida no art. 403 do novo Código Civil de 2002) que só são indenizáveis os prejuízos efetivos e lucros cessantes ocorridos por efeito direto e imediato do inadimplemento.[52]

(51) Gustavo TEPEDINO (2001, p. 14) leciona que se pode considerar como prevalentes, no direito brasileiro, as posições doutrinárias que – com base no art. 1.060 do Código Civil de 1916, autodenominado-se ora de teoria da interrupção do nexo causal (Supremo Tribunal Federal), ora de teoria da causalidade adequada (STJ) – exigem a *causalidade necessária* entre a causa e o efeito danoso para o estabelecimento da responsabilidade civil.

(52) Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 130.764/PR, estendeu essa teoria ao campo da responsabilidade extracontratual do Estado. Vejamos, "Ementa: Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/1969 (e, atualmente, no parágrafo 6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e da causalidade adequada. No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, é inequívoco que o nexo de causalidade inexiste, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/1969, a que corresponde o parágrafo 6º do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido (1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 12.05.1992 e publicado no *DJU* de 07.08.1992)". Lê-se do voto do Min. Moreira Alves que a aludida teoria, "(...) só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que

Cumpre mencionar, por outro lado, a advertência que faz o jurista argentino Roberto Brebbia, citado por CAHALI (1996, p. 98), no sentido de que o critério de imputação do resultado à condição mais próxima no tempo não conduz a soluções que possam ser consideradas aceitáveis, pois a experiência indica que o antecedente mais próximo não é sempre o que realmente teria determinado o resultado. Menciona-se o exemplo de uma pessoa que danifica, dolosa ou culposamente, a barra de direção de um veículo. Ignorando o motorista esse fato, o acidente que ocorrer pela quebra não pode ser imputado ao motorista, não obstante haver este executado a condição mais próxima ao resultado ao colocar em marcha o veículo.

Ademais, conforme adverte Gustavo TEPEDINO (2001, p. 7-8), a interpretação literal dos vocábulos "direto e imediato", utilizados pelo art. 1.060 do Código Civil de 1916, excluiria qualquer hipótese de dano indireto no direito civil brasileiro, incluindo aí o chamado *dano por ricochete*, reconhecido sobejamente pelos Tribunais Estaduais e cujo exemplo mais eloqüente se traduz no art. 948, II, do novo Código Civil (repetição do dispositivo contido no art. 1.537, II, do Código Civil de 1916), que prevê, no caso de homicídio, indenização consistente "na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima".

Assim, diante de tal dificuldade, formulou-se construção evolutiva da teoria da relação causal imediata, denominada de subteoria da necessariedade da causa, que considera sinônimas e reforçativas as expressões dano direto e dano imediato, ambas identificadas com a idéia da necessariedade do liame entre causa e efeito.

Distanciando-se da doutrina da causa direta, em algumas situações, há que se adotar a teoria da responsabilização pela *autoria indireta* de danos patrimoniais. Por óbvio, a exceção à teoria da causa direta, na fixação do nexo causal do evento danoso, não poderá conduzir a situações desarrazoadas, como a da retroatividade infinita. O limite desse critério, então, deverá ater-se a alguma baliza no tempo. Nessa linha de pensamento, pode-se estabelecer o fator atinente à *última chance clara de evitar*

abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva".

o dano (evento que os americanos denominam como *the last clear chance*).

Verifica-se, assim, que cada um dos critérios supramencionados padece de inconsistências, devendo receber temperamentos em sua aplicação. Segundo TEPEDINO (2001, p. 9), a tendência a uma interpretação evolutiva, aliás, encontra-se presente na jurisprudência brasileira, a tal ponto que, sob influência de todas as três correntes antes mencionadas, os Tribunais fixam o nexo de causalidade de forma intuitiva, invocando alternativamente, não raro de modo eclético ou atécnico, a teoria da causalidade adequada, da interrupção do nexo causal e da *conditio sine qua non*, sempre na busca de um liame de necessariedade entre causa e efeito, de modo que o resultado danoso seja conseqüência direta do fato lesivo.

O Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Gustavo TEPEDINO (2001, p. 18-19), sugere, para um dado evento danoso, diante da pluralidade de causas, a seguinte solução, *in verbis*:

"A investigação do magistrado realiza-se mediante três indagações: (1ª) Cuida-se de causas sucessivas (uma direta e as demais indiretas, que lhe deram causa) ou simultâneas (todas diretas e concorrentes)? Se todas as causas são diretas, evidenciando-se, pois, o vínculo de necessariedade de todas elas em relação ao dano, procede-se em seguida à valoração da preponderância, de modo a excluir algumas delas, ou à repartição do dever de indenizar entre os seus responsáveis, quando não se é possível estabelecer a preponderância.

"Em se tratando, ao revés, de causas sucessivas, pergunta-se: (2ª) há necessariedade entre o conjunto de causas e o evento danoso? Se a resposta for negativa, exclui-se o dever de indenizar. Se positiva, passa-se à terceira indagação (3ª), relativamente à preponderância ou equivalência de um ou algumas causas indiretas. Em se tratando de pluralidade de causas necessárias (concorrentes ou sucessivas), a solução se desloca para o critério da preponderância das causas ou, considerando-as equivalentes, para a repartição do dever de reparar. Mais uma vez, então, confirma-se a indispensabilidade do vínculo de necessariedade entre as causas ditas eficientes e o dano, a fim de se deflagrar a responsabilidade civil."

3.3.2 A imputação objetiva pelo resultado

Criticando tanto a teoria subjetiva (que impõe a necessária aferição de culpa ou dolo do agente ofensor), como a própria teoria objetiva (que entende suficiente a mera ocorrência naturalística de nexo de causalidade entre a conduta e o dano), surgiu, em meados do século XX, a teoria da imputação objetiva pelo resultado, com a avaliação de causalidade normativa fundada em conceitos como risco proibido e risco relevante.[53] Para Antonio Lindbergh MONTENEGRO (1996, p. 335-336 e 345-346), foi Karl Larenz (em sua obra *Lehrbuch des Schuldrechts*, Munique e Berlim, 1962, v. 2, p. 664) um dos principais doutrinadores que dissertou sobre o princípio da imputação objetiva (que consiste numa abordagem mais bem acabada à teoria da causalidade adequada), ao afirmar que, na responsabilidade pelo risco, nada obstante o evento constitutivo da responsabilidade deva ser objetivamente adequado para produzir o dano, "a imputação não se dá propriamente pelo fato ocorrido, mas pela esfera da responsabilidade do obrigado a indenizar".

Assim, a teoria do nexo de causalidade (categoria naturalística) passou a conjugar-se com a noção de imputação objetiva, decorrente de uma causalidade normativa. Nos casos de imputação objetiva, a relação de causalidade se justifica, não pela imputação à personalidade (cuja idéia central é a de que o homem é dono do seu obrar), tampouco apenas pelo

(53) Ver Manuel Cancio MELIÁ et. al. (1998), Günther JAKOBS (2000) e Claus ROXIN (2002). Por seu turno, Damásio Evangelista de JESUS (2002, p. XXVI) menciona que a teoria da imputação objetiva vem sendo amplamente discutida na doutrina e jurisprudência da Alemanha, Espanha, Colômbia, Argentina, Chile e Venezuela. Citando artigo publicado por Diego Lima (intitulado de "Uso polêmico da imputação objetiva chega às livrarias", *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 30-11-2000), revela o espanto que a teoria da imputação objetiva causa nos doutrinadores tradicionais, concluindo que "isso parece estranho, quando se sabe que ela vem sendo um dos assuntos mais discutidos nos últimos sessenta anos". E continua (p. XVIII), "acatando o conceito de resultado jurídico (normativo), sem ainda desprezar completamente o naturalismo, a teoria da imputação objetiva apresenta grandes vantagens sobre a doutrina tradicional. O sistema do resultado naturalístico, além de implicar a relação de causalidade material e suas complexidades, não é aplicável à tentativa e aos crimes omissivos próprios, formais e de mera conduta, adequado somente aos delitos materiais (de conduta e evento material)".

nexo de causalidade verificado em seu aspecto naturalístico, mas pela finalidade da norma que se tem como vulnerada. De qualquer forma, caso a responsabilidade não tenha como pressuposto seu a culpa, dispensável se tornará a nota científica da previsibilidade, passando o indivíduo a responder por um tipo de risco peculiar à vida em sociedade, cujo critério de imputação dependerá de cada sistema jurídico.

MONTENEGRO (1996, p. 336) explicita que, "na doutrina italiana, vem ganhando altura a cada dia a tese de Trimarchi de que a responsabilidade deve sancionar apenas os danos que sejam conseqüências do risco proibido, deixando de lado os que são efeito de um outro risco tolerado ou consentido por lei. No âmbito dessa mesma idéia, a jurisprudência alemã desenvolveu o conceito de conduta social adequada (*Socialadäquates Verhalten*), tendente a estabelecer quando o descuido ou falta de atenção se reputam intoleráveis".

Sérgio CAVALIERI FILHO (2001, p. 284-285), abordando o tema dos fundamentos da responsabilidade civil, ao tratar de matéria concernente à proteção da saúde e segurança dos consumidores, menciona que vige a *noção geral da expectativa legítima*. Isto é, a idéia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender às expectativas de segurança que deles *legitimamente* se espera. As expectativas são *legítimas* quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. Caso não haja desvio deste parâmetro de normalidade e a expectativa da vítima seja considerada ilegítima, a periculosidade inerente de um produto ou serviço será considerada tolerável e não ensejará o ressarcimento por parte do fornecedor.

Gustavo Carranza LATRUBESSE (1998, p. 25-26) chega a afirmar que há certos danos que não são ressarcíveis, dependendo, para tanto, da ponderação de um "interés prevaleciente", com vistas à satisfação de um imperativo de clareza e estabilidade do ordenamento jurídico; nos seguintes termos, *in verbis*: "Todo daño sufrido es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado. Y no se obra justificadamente por el solo hecho de realizar un comportamiento no prohibido; se requiere una específica facultad que acuerde la preferencia, en virtud de un análisis comparativo, de un interés sobre otro. (...). La seguridad jurídica aspira, de todos modos, a trabajar por una seguridad jurídica entendida como 'el resultado de que se realizan actos

de justicia'; y (...) demanda la aptitud para comprender comportamientos estatales y privados de modo bastante preciso, conforme a un derecho vigente claro y estable, pero también que esas conductas pronosticables tengan una cuota mínima de razonabilidad, y que los riesgos eventuales de infracción sean bajos, como que, de haberlos, que sean convenientemente castigados e indemnizados".

Nesse sentido, vários doutrinadores – até mesmo, e principalmente, na esfera penal[54] – passam a sugerir a adoção da teoria da imputação objetiva, que significa, num conceito preliminar, a atribuição (imputação) de uma conduta ou de um resultado normativo (jurídico) a quem realizou um comportamento criador de um risco juridicamente proibido. Apóia-se na idéia de que o resultado normativo só pode ser imputado a quem realizou uma conduta geradora de um perigo juridicamente reprovado a um direito subjetivo alheio e na idéia de que o evento deve corresponder àquele que a norma sancionadora procura proibir. Trabalha, assim, com os conceitos de *risco permitido* ou *juridicamente tolerado* (excludente de responsabilidade) e *risco relevante e proibido* (a partir do qual a conduta reprovável adquire relevância civil).

Condiciona-se, então, a aplicação da teoria da imputação objetiva a quatro requisitos, a saber: (1°) causalidade material entre a conduta e o resultado; (2°) criação de um risco ao bem jurídico relevante e juridicamente não autorizado; (3°) resultado jurídico advindo do risco; e (4°) correspondência entre o resultado e o perigo juridicamente desaprovado. Se o evento jurídico for causado por um risco diferente daquele produzido pela conduta desaprovada (tal como pela conduta de um terceiro, pela própria vítima ou por força da natureza), não poderá ser atribuído a seu autor, pois haverá exclusão da imputação objetiva que exige um relacionamento direto entre o dever violado e o resultado produzido. O autor de uma conduta juridicamente proibida submete o ofendido a dois riscos diferentes: um, concernente ao seu próprio comportamento ofensor e danoso; outro, referente ao *perigo geral* que pode advir como conseqüência do acontecimento inicial danoso. O agente ofensor só responde pelo resultado advindo do primeiro risco. O segundo (*perigo geral*) é tratado como desgraça ou infortúnio ("mala suerte") que a vítima deverá suportar.

(54) Cf. Claus ROXIN (2002, tradução e introdução de Luís Greco, p. 115-155) e Damásio Evangelista de JESUS (2002, p. XVII e XVIII e p. 72).

Concluindo a presente sessão, cumpre salientar, na mesma orientação proposta por Damásio Evangelista de JESUS (2002, p. XVIII-XXXII), que as conseqüências da adoção da teoria da imputação objetiva são variadas e conduzem o aplicador a uma revisão dos conceitos clássicos de culpabilidade e causalidade, podendo citar, à guisa de exemplificação, as seguintes repercussões: (1ª) o resultado final relevante que importa à imputação objetiva é o jurídico (afetação jurídica do interesse), não o meramente naturalístico, próprio do dogma causal; (2ª) dá-se importância ao comportamento da vítima ("participação do ofendido"), que, muitas vezes, contribui decisivamente na causação do prejuízo por si experimentado ("imputação à vítima");[55] (3ª) problematiza-se de forma mais sistemática fatores relacionados à responsabilidade, tais como "risco permitido", "adequação social da conduta" e "âmbito de proteção da norma sancionadora"; (4º) propicia ao juiz critérios mais seguros e precisos na distribuição da Justiça, evitando a arbitrariedade e a improvisação, viabilizando, assim, soluções mais justas.

(55) Cumpre salientar que a jurisprudência já vem se sensibilizando para o fato de que a culpa concorrente da vítima, mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva pelo risco, enseja a redução da indenização. Em um primeiro momento (vejam-se, por exemplo, o RE 22.674, julgado em 02.07.1953, sob a relatoria do Min. Ribeiro da Costa, e o RE 86.038-BA, julgado em 05.12.1977, sob a relatoria do Min. Soares Muñoz), entendia-se que a culpa concorrente da vítima era irrelevante para aferição do dever de ressarcir por parte do ofensor. A conduta da vítima era levada em conta tão-somente nas hipóteses de sua culpa exclusiva para a causação do evento danoso, uma vez que tal conduta romperia o nexo causal e afastaria a responsabilidade do suposto agente ofensor. Evoluindo em tal entendimento, repetidos julgados trazem em sua ementa que "a responsabilidade objetiva permite que a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado demonstre a culpa da vítima, a fim de excluir a indenização, ou diminuí-la, no caso de culpa concorrente". Vejam-se os seguintes julgamentos: RE 234.010 AgR-RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 23.08.2002; RE 217.389-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 02.04.2002, public. *DJ* de 24.05.2002; RE 206.711-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 26.03.1999, public. *DJ* de 25.06.1999; RE 120.924-SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 25.05.1993, public. *DJ* de 27.08.1993; AI 113.722 AgR-SP, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 24.02.1987, public. *DJ* de 20.03.1987; RE 113.587-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 18.02.1992, public. *DJ* de 03.04.1992; RE 68.107-SP, Rel. Min. Adalício Nogueira, julgado em 04.05.1970, public. *DJ* de 09.10.1970.

3.4 O art. 236 da Constituição Federal e as normas que regem a responsabilidade civil de notários e registradores

Estando verificados os supostos básicos da responsabilidade civil (aferida tanto pelo critério subjetivo quanto objetivo), tendo sido procedidas considerações elementares sobre a responsabilidade do Estado decorrente de atos de seus agentes que, nessa qualidade, causam prejuízos a terceiros, passemos a analisar o regime de responsabilidade civil a que estão adstritos os titulares das serventias extrajudiciais não-oficializadas e o Estado, em virtude de prejuízos causados por aqueles (e seus prepostos), em decorrência de sua condição de prestadores de serviços públicos. Entendemos que o tema de que passaremos a nos ocupar, ressalvadas meritórias exceções, não vem sendo tratado com a devida profundidade por doutrinadores e magistrados, pelo que esperamos contribuir com o debate e oferecer mais argumentos à sua reflexão, sugerindo posturas inovadoras à jurisprudência, principalmente no sentido de que o Estado deixe de responder diretamente pelos prejuízos causados por notários e registradores não-oficializados.

3.4.1 Breve histórico da responsabilidade civil dos titulares de serventias extrajudiciais no Brasil

A responsabilidade dos tabeliães de notas já vinha disciplinada nas Ordenações Reinóis de Portugal. O Título LXXX do Livro I das Ordenações Filipinas de 1603 dedica vinte e seis parágrafos para tratar do tema referente à responsabilidade "dos tabeliães das notas e do judicial". Impende ressaltar que, à época, exigia-se fiança para o exercício das atividades, *in verbis*: "Título LXXX, § 2º. E antes de começarem a servir, darão fiança escrita por Tabelião público no livro das Notas, trasladada no livro da Câmara, a todo o dano e perda, que a alguma parte se causar por sua malícia, ou culpa. A qual fiança será de trinta mil réis nas Cidades, e vinte mil réis nas Vilas, e nos Concelhos de terras chãs dez mil réis; e servindo sem darem as ditas fianças, perderão os Ofícios."[56] Desse

[56] Vide Fernando H. Mendes de ALMEIDA (1957, p. 435). Segundo menciona o anotador das Ordenações Filipinas, a fonte do § 2º do Título LXXX do Livro I das Ordenações Filipinas é a Ordenação Manuelina, Livro I, Título LX, § 36.

dispositivo, percebe-se que, em um primeiro momento, o Estado não respondia diretamente pelos atos dos tabeliães das notas. A caução prestada pelo nomeado, para o exercício das atribuições notariais, indicia a sua responsabilidade direta e exclusiva.

Segundo discorre Flauzilino Araújo dos SANTOS (1997, p. 7-10), após a Proclamação da República, uma das primeiras normas que tratou da matéria relativa à responsabilidade de notários e registradores foi o Dec. 370, de 02.05.1890, que regulamentou o Dec. 169-A, de 19.01.1890 (em substituição à Lei 1.237, de 24.09.1864), o qual vigorou até 1917, momento em que o Código Civil passou a viger.

Promulgado o Código Civil, o Poder Executivo expediu o Dec. 12.343, de 03.01.1917, que regulamentou provisoriamente a matéria ligada a registros públicos. Em 1924, foi editado o Dec. 4.827 (vide nota de rodapé 26 do Capítulo 1) que, em seu artigo 11b, autorizou o Presidente da República a expedir novo Regulamento para execução do Dec. 169-A de 1890, observando as modificações introduzidas pelo Código Civil. Tal regulamento (Dec. 18.542) foi baixado em 24.12.1928 e dispôs no Capítulo III, que trata da nomeação e dos direitos dos oficiais de registros, dentre outros, os seguintes preceitos:

"Art. 312. Ao exercício precederá a autorização dada pelo juiz do alistamento eleitoral e publicada no Diário Official, desde que o serventuário prove: a) ter feito no Thesouro Nacional a caução de 20 contos de réis em dinheiro ou apólices federaes ou municipaes do Districto Federal."

"Art. 343. A caução de que trata o art. 312 ficará vinculada com direito de prelação: I – ao ressarcimento dos damnos occasionados pelo serventuário, no exercício de suas funcções; II – ao pagamento de quaesquer multas ou encargos legaes."

Narra, ainda, Flauzilino Araújo dos SANTOS (1997) que, no Capítulo VI do referido Dec. 18.542/1928, que trata especificamente da responsabilidade dos registradores, o art. 37 (cuja origem funda-se no art. 98 do Dec. 370 de 1890) assim dispunha, *in verbis*: "Art. 37. Além dos casos expressamente consignados, os officiaes serão civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, por culpa ou dolo, causarem os seus prepostos e substitutos, estes quando de sua indicação, aos interessados

no registro. Paragrapho unico. A responsabilidade civil independerá da criminal, pelos delictos que praticarem".[57] O regulamento subseqüente foi o Dec. 4.857, de 09.11.1939, alterado pelo Dec. 5.318, de 29.02.1940, e dispôs, também expressamente, sobre a responsabilidade de notários registradores, nos mesmos moldes do referido art. 37.

A partir de então, foi editada, em 31.12.1973, a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), estabelecendo sobre a responsabilidade civil de registradores, *in verbis*:

"Art. 28. 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. Parágrafo único. A responsabilidade civil independe da criminal pelos delitos que cometerem."

"Art. 108. Os oficiais [de registro civil, as pessoas naturais], além das penas disciplinares em que incorrerem, são responsáveis civil e criminalmente pela omissão ou atraso na remessa de comunicações a outros cartórios."

"Art. 157. O oficial [de registro de títulos e documentos], salvo quando agir de má-fé, devidamente comprovada, não será responsável pelos danos decorrentes da anulação do registro, ou da averbação, por vício intrínseco ou extrínseco do documento, título ou papel, mas, tão-somente, pelos erros ou vícios no processo do registro."

Com o advento da Constituição Federal de 1988, novas leis surgiram regulando especificamente a matéria concernente à responsabilidade de notários e registradores, tornando bastante complexo o tema relativo à existência, ou não, da responsabilidade direta do Estado por atos de agentes delegados e relativo ao critério de aferição da responsabilidade

(57) Tal como já mencionamos anteriormente, muito embora as Constituições de 1824 e 1891 não tenham explicitado a responsabilidade do Estado, a obrigação ressarcitória deste em face dos prejuízos causados por seus empregados e agentes não podia ser desconsiderada. Repise-se que, firmando a responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados por seus agentes, a Lei Federal 211, de 20 de novembro de 1894, no § 10 do artigo 13, estabelecia a competência do Poder Judiciário para "julgar as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenizações de prejuízos ou quaisquer outras propostas pelo governo da União contra particulares *e vice-versa*".

de notários e registradores (se objetivo ou subjetivo[58]). Podem-se mencionar, basicamente, os seguintes dispositivos normativos, *in verbis*:

"Art. 22. [da Lei 8935, de 18.11.1994] 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."

"Art. 38. [da Lei 9492, de 10.09.1997] Os tabeliães de protesto de títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso."

3.4.2 A extensão da responsabilidade de notários e registradores

Como já se teve oportunidade de mencionar, por força de regra constitucional (art. 236 da CF), as atividades notariais e de registro são serviços públicos exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. Tais serviços, conforme disposto em lei (art. 1º da Lei 8.935/1994), são os de organização técnica e administrativa, baseados na fé pública e praticados por notários e registradores, destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

A extensão da responsabilidade dos titulares não-oficializados das serventias extrajudiciais está intimamente relacionada com a importância dos poderes jurídicos a si atribuídos. As funções notariais e de registro, lastreadas no dever ético da verdade e depositárias da fé pública, contribuem com a manutenção da segurança jurídica e da paz social, constituindo-se tabeliães e registradores em confidentes de seus concidadãos, regulando suas relações jurídicas e inibindo a conflituosidade.

Sob esse enfoque, sintomática é a constatação de que, quanto maior a importância da atividade profissional desenvolvida, tanto maior deve ser a severidade no regime da responsabilidade, uma vez que a falta praticada por um cartorário não se limita a causar dano pessoal ao utente do

[58] A complexidade da matéria recrudesce ao levarmos em conta regras de responsabilidade, fundamentadas no risco, dispostas no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, arts. 12 e 20) e no novo Código Civil (Lei 10.406/2002, art. 927, parágrafo único), aumentando as hipóteses de responsabilidade objetiva.

serviço. Com efeito, ocorrerá repercussão social da falta cometida, com desprestígio de todo o serviço delegado.[59]

Desde logo, releva considerar que alguns doutrinadores, tais como AGUIAR DIAS (1973,v. 1, p. 344), Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 169-170) e SIQUEIRA et SIQUEIRA (2000, p. 35) entendem que, diferentemente do que ocorre na França, o tabelião brasileiro, na confecção de uma escritura pública, não tem a incumbência de averiguar o mérito da declaração exarada pelas partes. Em conseqüência, o que predominaria na responsabilidade notarial seria a apuração tão-somente dos requisitos formais do ato, com a observância de seus elementos extrínsecos, sem o dever de penetrar no subjetivismo das partes.[60]

Entendemos que o posicionamento do mestre AGUIAR DIAS – em texto redigido antes do advento da Constituição de 1988 e do Estatuto de Notários e Registradores (Lei 8.935/1994) – malgrado esteja obsoleto, mostrava-se admissível. Todavia, a partir do momento em que os

(59) Sobre o tema, recomenda-se a leitura do texto de José Renato NALINI (1997, p. 63-68). A propósito, mostrando a preocupação do legislador, especificamente, com a repercussão da lavratura de escrituras públicas inválidas, em decorrência de erro na identificação de vendedor proprietário de imóvel, veja-se o PL 650/2003, de autoria do Dep. André Luiz (PMDB/RJ) que responsabiliza o tabelião e o escrivão por prejuízos causados por qualquer tipo de escrituras inválidas lavradas em cartórios de notas.

(60) Ensina Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 169-170), ao indagar sobre o "complexo e difícil" problema de definir "de que maneira e quais os atos, pelos quais o tabelião pode ser responsabilizado", *in verbis*: "É de grande utilidade o Direito Comparado, no confronto entre as atribuições tabelionais em sistemas jurídicos diferentes. Na França, o notário tem o dever funcional de orientar o cliente, e é muitas vezes depositário de documentos. Age como redator do ato autêntico e de conselheiro. Incumbe-lhe o dever de adentrar no mérito do ato praticado. Tem o dever de 'estar ao corrente do estado atual do direito e não cometer erro de direito sobre questão resolvida por uma jurisprudência constante' (Philippe Lê Tourneau,op. cit., nº 829). No Brasil, o tabelião tem a seu cargo receber e registrar no livro a vontade declarada pelas partes. Cabe-lhe averiguar a identidade do declarante, com a verificação dos respectivos documentos expedidos pela autoridade competente, e anotar também os elementos complementares, tais como o número de inscrição no CPF, as alusões à filiação e estado civil conforme seja o ato, ou a menção do domicílio, ou reportar-se à ficha cadastral arquivada em seu cartório. Não tem a incumbência de averiguar o mérito da declaração".

tabeliães brasileiros foram alçados à condição de "notariado latino", exigindo-se-lhe, expressamente, a prestação de um serviço público eficiente e adequado (Lei 8.935/1994, art. 4º, *caput*), não mais se justifica a limitação da responsabilidade do tabelião nos moldes idealizados por AGUIAR DIAS e copiados, dentre outros, por Caio Mário da Silva PEREIRA.

Não estamos aqui a argumentar que notários sejam responsáveis por todo e qualquer prejuízo experimentado pelo utente de seus serviços. Com efeito, não se ignora a abalizada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,[61] a respeito do dispositivo normativo contido no art. 364 do CPC,[62] que vem entendendo, com razão, que – muito embora a transcrição, em escritura pública, de determinado fato faça prova de que este fora apresentado ao tabelião – isso não implica que tal fato declarado a um oficial público corresponda necessariamente à verdade. Com efeito, o documento público, contendo declarações de um particular, faz certo, em princípio, que aquelas foram prestadas. Não se firma a presunção, entretanto, de que seu conteúdo corresponda à verdade.

De qualquer forma, mister é admitir que, em face da relevância social de suas atividades, os princípios da boa-fé e da segurança jurídica devem nortear a atuação de todo e qualquer tabelião. Este deve sempre estar comprometido com a lealdade e com o respeito à segurança das relações juridicamente constituídas e sedimentadas, prestando serviço eficaz, mas não uma singela administração de interesses privados que redundará em surpresas. E, por essa razão, com o devido respeito ao entendimento divergente, não concordamos que descaiba ao tabelião analisar o mérito das declarações por si colhidas. Ao menos, o conteúdo das declarações deve ser verificado pelo notário, para advertir e aconselhar as partes quanto à eficácia do negócio jurídico que estão entabulando perante o agente público. Ademais, caso o conteúdo da declaração esteja eivado de ilegalidade, como na hipótese de as partes solicitarem a aposição de cláusula abusiva em

(61) Cf. REsp 28.768-0/RJ, sob a relatoria do Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma do STJ, *DJU* 30.11.1992, e REsp 33.719-0/GO, sob a relatoria do Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma do STJ, *DJU* 10.05.1993. No mesmo sentido, vide RSTJ 74/292 e RSTJ 87/217.

(62) Assim dispõe o Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973), no seu art. 364, *in verbis*: "Art. 364. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença".

escritura pública de compra e venda, o notário, inegavelmente, deverá corrigir a vontade das partes, a fim de moldá-las às balizas da lei.

Mostra-se, igualmente, de difícil aceitação, a corrente doutrinária – da qual é adepto Claudinei de MELO (1982, p. 262-263) – que restringe a responsabilidade civil do notário apenas aos "atos de autoridade", isentando o dever de ressarcir decorrente de "atos de vontade das partes". Segundo esse doutrinador, ocorrida a lesão de direito, dever-se-á proceder à verificação da natureza do ato praticado que implicou prejuízo à vítima: o "ato de autoridade" lesivo ao interesse da parte ou de terceiros sujeitará o tabelião e/ou escrevente à responsabilidade; ao revés, o "ato de vontade das partes" não ensejará o dever de ressarcir por parte do tabelião. Explicamo-nos.

Para Claudinei de MELO (1982, p. 262), os atos de vontade das partes "são aqueles praticados pelos tabeliães, não proibidos em lei, e que, no entanto, por uma particularidade qualquer, tornam nulo ou anulável aquele específico e determinado ato; em outras palavras, o ato seria perfeitamente legal se não ocorresse, naquele caso específico, uma particularidade que o vicia". Assim, o notário não teria responsabilidade pela lavratura de escritura de venda de ascendente a descendente (Código Civil de 1916, art. 1.132, e novo Código Civil, art. 496[63]) sem o comparecimento dos demais herdeiros, pois "a obrigação de declarar a existência de outros descendentes é do próprio ascendente, não competindo ao tabelião, ainda que tenha conhecimento da existência de outros filhos, questionar ou obstar à venda". Por seu turno, os atos de autoridade são aqueles defesos em lei ou fraudulentos, que viciam o ato jurídico e cujo desconhecimento não poderia o tabelião alegar, visto que necessariamente verificável.[64]

(63) Dispunha o art. 1.132 do Código Civil de 1916, *in verbis*: "Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam". O novo Código Civil, em seu art. 496, determina, *in verbis*: "É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido. Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória".

(64) Para chegar à conclusão de que o regime de responsabilidade de notários é informado pela culpa presumida, Claudinei de MELO (1982, p. 262) parte da premissa de que – se, por expressa disposição legal (CPC, art. 364), os tabeliães são investidos de fé pública e seus atos válidos *juris tantum*, presumindo-se

O Professor José Renato NALINI (1991, p. 23), ao comentar o posicionamento de Claudinei de MELO, tece as seguintes objeções, que, pela clareza e acerto de raciocínio, reproduzimos a seguir, *in verbis*: "Essa orientação não pode ser aceita. O notário é um profissional qualificado, a quem incumbe receber, interpretar e dar forma legal à vontade das partes, redigindo os instrumentos adequados a este fim, conferindo-lhes autenticidade, conservar os originais destes e expedir cópias que dêem fé de seu conteúdo. No cumprimento dessa função, é responsável pela escritura à qual não comparece a integralidade dos descendentes, na hipótese do art. 1.132 do estatuto civil. Como não pode deixar de averiguar se as partes que se declaram solteiras ainda conservam esse estado civil. Há de se conferir preciso alcance à afirmativa de que 'não responde o notário por defeitos, ou vícios ocultos, oriundos de situações pessoais dos contratantes. Dessa natureza participam os vícios do consentimento, erro, dolo, simulação. Os atributos peculiares às pessoas, como o estado civil, a solvência do vendedor, ou devedor, a posição de ascendentes e descendentes, a interdição e outros podem ser dissimulados ou falseados, sem envolver responsabilidade do tabelião, que com as partes tratou, ignorando essas circunstâncias excepcionais' (José Mário Junqueira de Azevedo, 'Manual do Tabeliães', 1975, p. 29). Pois os notários não são somente funcionários encarregados de dar aos atos por eles recebidos o caráter de autenticidade e a força de um julgamento definitivo. Eles devem, também, conselheiros desinteressados das partes e redatores imparciais de suas vontades, fazê-las apreender o conteúdo, alcance e conseqüências das obrigações contratadas, prevenir seus erros, evitar a fraude, constituir-se, em uma palavra, em árbitros oficiais, os Juízes voluntários das questões delicadas que, quase sempre, no momento do ato, são trazidas diante deles. Tal o teor de um julgamento em Nancy, de 21.12.1872, de atualidade manifesta. E o tabelião não tem somente por missão redigir as convenções das partes, mas aquela de aclará-las com seu aconselhamento e de suprir sua ignorância (Chambéry, 11.08.1890, Cass. Civ. 06.08.1890, in 'La Grave Responsabilité', cit., p. 26-27). O notário tem o dever de elucidar e proteger os particulares, presumidamente incompetentes e inexperientes em matéria jurídica. Tem

verdadeiros até prova em contrário –, pode-se afirmar que os atos lesivos aos direitos das partes, ou de terceiros, são imputáveis a tais serventuários.

o dever de verificar os fatos e condições intrínsecas do ato, pois habilitado e credenciado a tanto".

Fazendo coro com o posicionamento do Professor NALINI, Luís Filipe BRITO (1966, p. XIX e XX) leciona que o conteúdo específico da atividade notarial caracteriza-se, basicamente, pelo sentido regulador de seus atributos, "na significativa expressividade de que o documentador do *acto notarial* [tabelião] não pode fazer tábua rasa das competentes implicações jurídicas e de que lhe pertence além da redacção dos instrumentos um juízo de *validade* dos respectivos conteúdos". Os instrumentos públicos precisam conter não apenas a garantia dos fatos ou prova do ato celebrado, mas ainda a perfeição do direito, ou pelo menos a regularidade que seja suficiente para a legalidade dos efeitos que as partes pretendem.

Quanto à natureza contratual ou extracontratual da relação jurídica firmada entre titulares de serventias não-oficializadas e os cidadãos, o problema foi enfrentado em momento anterior (vide notas de rodapé 101 e 102 do Capítulo 2). Afastando a responsabilidade civil desta dicotomização, em contratual ou aquiliana, Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 251) demonstra que existe uma tendência moderna em se criar uma terceira categoria (um *tertium genus*), considerando, com caráter autônomo, a *responsabilidade profissional* (dentro da qual figura a de notários e registradores) "que assumiria condições de um tipo especial de 'responsabilidade legal', porque regida por legislação especial". No mesmo sentido, Alessandro SCILABRA (1999, p. 1.085) faz referência ao desenvolvimento "della responsabilità del professionista". Mostraremos, a seguir, que, inegavelmente, submetem-se tabeliães e oficiais de registro a um regime especial de responsabilização civil.

3.4.3 A especificidade da responsabilidade profissional de notários e registradores

Indaga-se: haveria, para notários e registradores ("profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro"[65]), um regime de responsabilidade civil

[65] Lei 8.935/1994, art. 3°. 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.

(profissional) diferenciado dos demais agentes públicos? E mais, poder-se-ia dizer que o Estado não é diretamente responsável pelos prejuízos decorrentes de atos praticados por notários e registradores, da mesma forma como não é diretamente responsável pelos atos praticados por delegados prestadores de serviços públicos? Entendemos que as respostas a essas duas perguntas devem ser positivas.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, em repetidos julgamentos, vem considerando, para efeito de configuração da responsabilidade civil, que notários e registradores são agentes públicos e, por isso, ao interpretar a Constituição vigente, em seu art. 37, § 6º, entende que o Estado responde, direta e objetivamente, pelos danos causados a terceiros por tais agentes, cabendo ação de regresso por parte da pessoa jurídica de direito público interno, no caso de comprovada a culpa, ou o dolo, dos titulares de serviços notariais e de registro (ou de seus prepostos).

Com efeito, são numerosos os precedentes jurisprudenciais, no sentido de que os notários e registradores respondem por culpa, sem afastar a responsabilidade objetiva do Estado.[66] De qualquer forma, até onde nos é dado saber, nossa Suprema Corte ainda não enfrentou, com a devida profundidade, o tema relativo à responsabilidade de tabeliães e oficiais de registro, a partir de uma análise sistemática dos dispositivos contidos no § 6º do art. 37[67] e no § 1º do art. 236,[68] ambos da CF, bem

(66) Cf. RE 229.974/PR, Rel. Min. Néri da Silveira, decisão monocrática exarada em 28.09.2001 (*DJ* 12.11.2001); RE 212.724/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 30.03.1999 (*DJ* 06.08.1999); RE 209.354 AgR/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 02.03.1999 (*DJ* de 16.04.1999); RE 187.753/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 26.03.1999 (*DJ* de 13.08.1999); RE 175.739/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 26.10.1998 (*DJ* de 26.02.1999) e RE 116.662/PR, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 16.06.1998 (*DJ* de 16.10.1998). Precedentes: STF – Pleno – Embargos em Recurso Extraordinário, Rel. Carlos Madeira, julgado em 06.03.1986, RTJ 118/1097, e RE 77.169-SP, Rel. Min. Antonio Neder, julgado em 04.12.1979, public. *DJ* de 21.12.1979.

(67) CF, art. 37, § 6º. 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. (g.n.)

(68) CF, art. 236, § 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. (g.n.)

como da regra estabelecida no art. 22 da Lei 8.935, publicada em 18 de novembro de 1994.[69]

Da leitura dos regimes de responsabilidade estabelecidos nas diferentes regras constitucionais, verifica-se que, pelo § 6º, *in fine*, do art. 37, a responsabilidade de notário ou registrador – caso esses sejam considerados, para os efeitos de configuração do dever de ressarcir, como agentes públicos (e não como delegados prestadores de serviço público) – deverá ser aferida pelo critério subjetivo da culpa ou dolo, tal como vem entendendo nossa Suprema Corte. Essa regra constitucional informa ao intérprete que o critério de aferição da responsabilidade de notários e registradores, por danos causados, nessa qualidade, a terceiros,

[69] Lei 8.935/1994, art. 22. 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. (g.n.) Ao propormos uma reflexão das normas constitucionais e da norma infraconstitucional, não ignoramos o fato de que o Supremo Tribunal Federal não conhece de recurso extraordinário que veicula ofensa reflexa ou indireta à Constituição, ou seja, ofensa para cuja análise demande o exame da legislação infraconstitucional (cf. AgI 261.455 AgR/GO, Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 29.08.2000 e publicado no *DJ* de 29.09.2000. Nesse julgamento, o STF negou provimento a Agravo Regimental em Agravo de Instrumento cujo seguimento havia sido negado, uma vez que a matéria que seria veiculada em Recurso Extraordinário diria respeito à responsabilidade direta e subjetiva do(a) oficial(a) titular de cartório de registro de imóveis, com fundamento no art. 159 do Código Civil de 1916. Entendeu nossa Suprema Corte que a responsabilidade direta do registrador tem fundamento legal e apenas reflexa ou indiretamente constitucional). Por outro lado, *vale destacar, ainda, que, no julgamento do RE 201.595/SP, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 28.11.2000, à unanimidade, acompanhou o voto do eminente relator que, sugerindo uma evolução no entendimento da Corte, chegou a mencionar o seguinte, in verbis: "Tudo indica o envolvimento, na espécie, de cartório ainda oficializado, tanto assim que, após menção à responsabilidade do notário quando exercida a atividade de forma privada, manteve-se condenação do Estado. Referiu-se o Órgão julgador até mesmo à lição de Humberto Theodoro Júnior, citado por Carlos Roberto Gonçalves, "Responsabilidade civil", Edição Saraiva, 1994, página 329, segundo a qual, em se tratando de atuação fundada na norma do artigo mencionado, a responsabilidade objetiva não é, em si, do Estado, mas do próprio titular do cartório" (acórdão publicado no* DJ *de 20.04.2001).*

deve partir, necessariamente, da comprovação de que o agente público agiu culposa ou dolosamente.

Por outro lado, o regime decorrente do § 1° do art. 236 da CF (que menciona, especificamente, o tema da responsabilidade civil de notários e registradores, delegando à lei ordinária a sua normatização), ao ser regulado pelo art. 22 da Lei 8.935/1994, sugere ao intérprete que o legislador ordinário deu a entender uma vontade normativa de impor responsabilidade objetiva em face do resultado danoso perpetrado pelo tabelião ou oficial de registro. Outrossim, caso notários e registradores sejam considerados pessoas que exercem serviços públicos por delegação, mesmo aplicando-se o § 6° do art. 37 da CF, seremos levados a concluir que, tal como concessionários e permissionários de serviços públicos, os prejuízos decorrentes de atos cartorários ensejarão responsabilidade objetiva de suas pessoas (físicas) prestadoras.

Trata-se de duas regras constitucionais dirigidas aos órgãos judiciários das quais a primeira (§ 6°, *in fine*, do art. 37) pode ser formulada deste modo: "Os juízes *não devem* responsabilizar o notário ou registrador que não tenha agido culposa ou dolosamente"; e a segunda (§ 1° do art. 236 – regulado pelo art. 22 da Lei 8.935/1994 –, bem como o início do § 6° do art. 37): "Os juízes *devem* responsabilizar notários e registradores objetivamente, mesmo que não tenham agido com culpa ou dolo". Diante dessas regras, instalada está uma antinomia jurídica, que, na dicção de Norberto BOBBIO (1999, p. 88), representa "situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material)".

Os métodos utilizados para a solução das antinomias são basicamente três: (1°) o critério cronológico de que a norma posterior, desde que da mesma hierarquia, revoga a anterior (pelo qual a vontade posterior revoga a precedente, isto é, de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo); (2°) o critério hierárquico de que as normas superiores, pela maior força de seu poder normativo, podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores; e (3°) o critério da especialidade pelo qual, de duas normas incompatíveis, de mesma hierarquia, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*.

Norberto BOBBIO (1999, p. 96-97), ao dissertar sobre o princípio da especialidade, fundamenta sua razão de ser no fato de que, *in verbis*, "a lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derrogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. (...) Isso significa que quando se aplica o critério da *lex specialis* não acontece a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial. Por efeito da lei especial, a lei geral cai *parcialmente*".

Queremos crer que, em face do princípio da especialidade, a responsabilidade de notários e registradores não está regulada, propriamente, no § 6º do art. 37 da Constituição (não na parte inicial tampouco na final deste dispositivo), mas sim decorre do estabelecido no § 1º do art. 236 do Texto Constitucional. Os titulares das serventias não-oficializadas, a quem o Poder Público *delega* a prestação de serviços notariais e de registro, não se confundem, para os efeitos de configuração da responsabilidade civil, com os demais agentes públicos. Tanto é que há regra constitucional específica, dispondo a respeito de sua responsabilidade e incumbindo ao legislador ordinário a sua regulação, nos seguintes termos: "*Lei* regulará as atividades, *disciplinará a responsabilidade civil* e criminal *dos notários, dos oficiais de registro e de seus propostos* (...)" (CF, art. 236, § 1º, g.n.).[70] A Constituição, confirmando a regra de que o

[70] Como bem observa Décio Antônio ERPEN (1999a, p. 106), *in verbis*: "Não se aplica aos Notários e Registradores o preceito contido no art. 37, § 6º, da Carta Federal porque (...) não se cuida de serviço público de ordem material da Administração direta ou indireta. Trata-se de atividade pública atípica, com regramento próprio. Isto é tão correto, que o § 1º do art. 236 da CF remeteu à

Estado geralmente responde diretamente por atos de seus agentes, explicitou verdadeira exceção para o caso de notários e registradores. Utilizando-nos de brocardo latino apontado por Carlos MAXIMILIANO (2002, p. 2000), podemos asseverar que, na espécie, *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*: "a exceção confirma a regra nos casos não excetuados".

Entendemos que é possível superar a incompatibilidade entre os dispositivos constitucionais supramencionados. A nosso sentir, a antinomia entre tais regras é meramente aparente e deriva de uma interpretação incompleta do sistema de responsabilidade de notários e registradores. Há que se aplicar aqui, tal como indica Norberto BOBBIO (1999, p. 102-103),[71] uma *interpretação corretiva*. Nessa linha de raciocínio, é

lei ordinária a regulação da disciplina e da responsabilidade civil e criminal. Aí a razão da Lei 8.935/1994. Se o legislador-constituinte pretendesse equiparar as atividades notarial e registral àquelas previstas no art. 37, § 6º, da Carta Maior, não consignaria expressamente no art. 236 o seguinte parágrafo: 'Lei federal 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'. O Texto Constitucional deixa claro que o regime jurídico da responsabilidade não é similar a das pessoas jurídicas do direito público ou privado".

(71) Interessante é mencionar que BOBBIO (1999, p. 85-86 e 102-104), ao tratar da solução (por meio de interpretação corretiva) de contrariedade entre uma norma que proíbe fazer e outra que permite fazer, ilustra exatamente a hipótese de antinomia entre a norma da Constituição italiana (art. 27) que estabelece que "a responsabilidade penal é pessoal" e o dispositivo do art. 57, § 2º, do Código Penal italiano, que atribui ao diretor de jornal uma responsabilidade objetiva para os delitos cometidos por meio da imprensa pelos seus colaboradores. O jurista italiano supera a aparente antinomia sugerindo pelo menos duas interpretações corretivas, a saber: (1ª) o diretor do jornal é *obrigado* a impedir os delitos dos seus colaboradores com base no art. 40, 2ª alínea, do Código Penal italiano, segundo o qual "não impedir um acontecimento, que se tem a obrigação de impedir, equivale a causá-lo", se se admite essa obrigação, a sua condenação não depende da circunstância objetiva de sua função de diretor, mas do não cumprimento de uma obrigação, e, portanto, da avaliação de uma responsabilidade subjetiva; e (2ª) o diretor do jornal é *obrigado* a vigiar a atividade dos seus colaboradores, isto é, em último caso, a controlar todos os artigos que aparecem no jornal por ele dirigido; admitindo essa obrigação, a condenação pode ser justificada por meio do reconhecimento de uma *culpa in vigilando*, isto é, mais uma vez, de uma responsabilidade subjetiva.

que sustentamos, também, que a responsabilidade do Estado não pode ser direta, quando o dano for causado por titulares de serventias não-oficializadas, uma vez que estes agentes desempenham sua atividade sob o regime de delegação. É dizer: para efeito de configuração da responsabilidade civil de notários e registradores, entendemos que estes não se assemelham aos agentes públicos, mas antes aos delegados prestadores de serviços públicos e, assim sendo, a responsabilidade do Estado, pelos atos danosos de cartorários não-oficializados, só terá lugar na hipótese de insolvência do titular da serventia extrajudicial.

Não sustentamos aqui a possibilidade de o art. 22 da Lei 8.935/1994 revogar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, quanto à responsabilidade subjetiva de notários e registradores. Com efeito, considerando o princípio hierárquico, uma lei ordinária não pode revogar a interpretação constitucional procedida pela nossa Corte Maior[72] que, ao analisar o dispositivo contido no § 6º, *in fine*, do art. 37, da CF, entende decorrer a responsabilidade do tabelião e do registrador, necessariamente, da culpa ou dolo.[73] Ao revés, estamos aqui a cogitar de uma interpretação

(72) Na ADIn 2.482/MG (sob a relatoria do Min. Moreira Alves, julgada em 2 de outubro de 2002 – Informativo STF 284), vide nota de rodapé 86 do Capítulo 2, o Supremo Tribunal Federal, analisando a constitucionalidade da exigência de pertinência temática para a legitimação ativa de entidade de classe de âmbito nacional, em face do veto ao parágrafo único do art. 2º da Lei 9.868/1999, entendeu ser impossível a uma lei ordinária mudar ou revogar a interpretação constitucional dada pelo STF ao art. 103 da CF (que impõe pertinência temática para alguns dos legitimados enumerados neste dispositivo). Por outro lado, cabe ressaltar, todavia, em atenção à completude argumentativa, que, no Inquérito 1660, com relação à MP 2049-22 (de 28.08.2000), o STF entendeu que o dispositivo normativo que transformava o cargo de natureza especial de Advogado-Geral da União em cargo de Ministro de Estado foi suficiente para fazer migrar a competência originária, quanto ao julgamento das infrações penais comuns e aos crimes de responsabilidade praticados pelo referido agente, do Superior Tribunal de Justiça para o Supremo Tribunal Federal (vide Informativo STF 201), nada obstante o fato de que a tradicional jurisprudência de nosso Tribunal Maior viesse entendendo que a competência originária fosse do STJ.

(73) Corroborando com o entendimento esposado, relativamente à impossibilidade de uma lei ordinária revogar interpretação constitucional, vejamos trecho da decisão monocrática do Min. Humberto Gomes de Barros, da 1ª Turma do Egrégio STJ, nos autos do AI 253.509/MG, publicada no *DJ* de 09.11.1999,

corretiva, prestigiando o princípio da especialidade, deslocando o fundamento jurídico do § 6º do art. 37 para o § 1º do art. 236 do mesmo Texto Constitucional.

Cabe consignar que, a partir da Constituição de 1988, optou o constituinte originário brasileiro, de forma bastante clara, pelo regime privado para o exercício das atividades cartorárias extrajudiciais, tolhendo a oficialização dos tabelionatos e dos cartórios registrais, em contraste com a estatização estabelecida, pelo art. 31 do ADCT, para as serventias do foro judicial.[74]

O processo de emancipação conduziu à maior autonomia dos serviços notariais e de registro em relação ao Poder Judiciário, nada obstante a orientação e a fiscalização dos seus atos continuem sendo competência deste Poder (CF, art. 236, § 1º). Nesse sentido, o crescimento da independência das atividades notariais e de registro estabeleceu uma nova equação na relação de controle com o poder estatal, bem como da responsabilidade dos titulares das serventias não-oficializadas.

Por força da lei que regulamenta a prestação dos referidos serviços públicos (Lei 8.935/1994), os notários e registradores gozam de

p. 157, *in verbis*: "Administrativo – Oficial de registro público – Natureza jurídica do serviço notarial e registral – Responsabilidade objetiva do poder público. 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. *A responsabilidade civil do Estado pelos atos dos tabeliães e oficiais do registro é objetiva, em face do art. 37, § 6º, da CF, dispositivo constitucional que, à evidência, não poderá ser alterado por Lei Regulamentadora de outro texto também da Lei Maior, como a de nº 8.935/1994, que regulamentou o seu art. 236*" (g.n.).

(74) O art. 31 do ADCT da CF de 1988 dispõe, *in verbis*: "Art. 31. Serão estatizadas as serventias do foro judicial, assim definidas em lei, respeitados os direito dos atuais titulares." Quanto ao fato de ter o constituinte originário "tolhido a oficialização dos cartórios de notas e registros", vejam-se os julgamentos no RE 186.736-SP, sob a relatoria do Min. Moreira Alves, publicado no *DJ* de 27.09.1996; no RE 178.236-RJ, sob a relatoria do Min. Octavio Gallotti, publicado no *DJ* de 11.04.1997 (vide trecho do voto do relator); e na ADIn 417-ES, sob a relatoria do Min. Maurício Corrêa, publicado no *DJ* de 08.05.1998.

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 (art. 28). Tabeliães e oficiais de registro podem, 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 (art. 20, *caput*).

Ademais, o gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da *responsabilidade exclusiva do respectivo titular*, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe 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). Outrossim, incumbe aos notários e registradores praticar, *independentemente de autorização*, todos os atos previstos em lei necessários à organização e execução dos serviços (art. 41). É, ainda, facultado aos tabeliães (e registradores) realizar todas as gestões e diligências necessárias ou convenientes para o preparo dos atos a si atribuídos (art. 7º, parágrafo único, e art. 41).

Desde logo, pode-se inferir que o aumento de autonomia de notários e registradores veio acompanhado de respectivo acréscimo de responsabilidade, tanto é que o art. 21 do Estatuto de Notários e Registradores (Lei 8.935/1994) refere-se à *responsabilidade exclusiva do titular*. Conforme leciona José Renato NALINI (1997, p. 81-83), a partir da vigência do art. 236 da CF de 1988, houve substancial mudança do regime das serventias extrajudiciais não-oficializadas. Registrador e notário exercem função pública, mas "em seu próprio interesse", e sem estarem ligados ao Estado por uma relação hierárquica; por isso, devem ser os únicos responsáveis pelos danos "provocados por suas próprias omissões (e ações) profissionais, com todo seu patrimônio pessoal", como se existisse uma total identidade entre a pessoa do titular e o ofício que administra. A Constituição é por demais clara ao determinar o regime de delegação para o desempenho de serviços notariais e de registro.

Diante desse cenário, uma primeira conclusão pode ser imediatamente inferida: considerando que a assunção de riscos é a essência da delegação, notários e registradores exercem suas atividades, por sua própria conta e risco, auferindo a receita integral dos emolumentos pagos

como remuneração de tais serviços; por isso, o Estado não deve responder, diretamente, pelos danos advindos da prática dessas atividades. Não se nega, todavia, a responsabilidade subsidiária do ente estatal.[75]

A conclusão que acabamos de expor decorre de vários argumentos que se conjugam mutuamente, a saber: a um, se o Estado pretendesse responder diretamente pelos danos causados por notários e registradores (tal como responde por atos de servidores públicos), a opção teria sido manter oficializadas as serventias extrajudiciais;[76] a dois, a delegação implica, necessariamente, conferir responsabilidade ao delegado;[77] a três, notários e registradores possuem autonomia administrativa e financeira; a quatro, tais agentes percebem emolumentos suficientes e compatíveis com a responsabilidade por si assumidas; a cinco, a contratação de prepostos (substitutos e auxiliares) dá-se por contrato direto de

(75) Sustentam a tese de que, a princípio, o Estado não deve responder diretamente pelos danos causados por tabeliães e registradores os seguintes estudiosos do tema, a saber: Hely Lopes MEIRELES (1994, p. 76); José Renato NALINI (1997, p. 85 e ss.); Ricardo DIP (2002, p. 4, 7 e 8); Décio Antônio ERPEN (1999a, p. 107); Humberto THEODORO JÚNIOR (1990, p. 10); Romeu BACELLAR FILHO (2000, p. 3); Ana Cristina de Souza MAIA (2002, p. 11) e Maria Bárbara Toledo ANDRADE E SILVA (2003, p. 4).

(76) Nesse mesmo sentido, vide NALINI (1997, p. 87-88). A razão de ser de uma delegação é exatamente eximir o Estado de responsabilidade. Não fosse assim, a Constituição manteria a norma da EC n. 7/1977, no sentido de que as serventias extrajudiciais devessem ser oficializadas.

(77) Conforme leciona Hely Lopes MEIRELES (1994, p. 76), "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 permanente fiscalização do delegante. (...) 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 recebem *delegação* para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo. Embora nossa legislação seja omissa a respeito, 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 (...), pois 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 responsabilidade que teria o Poder Público se o executasse diretamente".

trabalho, com remuneração fixada pelo titular do cartório, sem a ingerência imediata do Estado, pelo que não é razoável que este responda pelos prejuízos causados por atos de prepostos do tabelião ou registrador;[78] a seis, a CF, no § 6º do art. 37, determina que a responsabilidade de *pessoas delegadas* prestadoras de serviços públicos é direta e exclusiva por seus atos e de seus prepostos, sendo que o dever de ressarcir por parte do Estado é eventual e subsidiário, ocorrendo apenas na hipótese de insolvência da pessoa delegada.

3.4.4 A doutrina majoritária da responsabilidade direta do Estado

Subsiste, de qualquer forma, corrente majoritária de doutrinadores, perfilhando linha de pensamento que acompanha a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a sustentar que, nada obstante o caráter privado do exercício dos serviços, para os efeitos de responsabilidade do Estado, notários e registradores permanecem com o *status* de servidores públicos, sendo que, via de regra, o Estado pode ser chamado a responder diretamente pelos atos dos titulares (e os prepostos) de serventias extrajudiciais não-oficializadas.[79] Nestes termos, notários

(78) Walter CENVIVA (1999, p. 61) relata que, pela legislação anterior à Constituição de 1988, o oficial podia escolher o auxiliar, mas dependia de aprovação do Judiciário. Não podia demitir nem aceitar pedido de demissão sem que o magistrado (juiz corregedor) assim o autorizasse. Mudando essa sistemática, o Estatuto dos Notários e Registradores (Lei 8.935/1994, art. 21) estabelece que os titulares das serventias extrajudiciais terão autonomia para contratar e fixar a remuneração de seus prepostos, por contrato de trabalho definido pela CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas, sem a dependência, para a prática desses atos, de aprovação por parte do Judiciário. Não se ignora, contudo, o poder, ainda existente, de o Estado exercer a fiscalização (CF, art. 236, § 1º, *in fine*) e aplicar normas disciplinadoras. Afinal, a Corregedoria não é mera espectadora do comportamento de titulares e prepostos de serviços extrajudiciais; o Judiciário pode, após regular processo, decretar a demissão, tal como o titular da serventia pode rescindir o contrato de trabalho, dos prepostos que atuam nos cartórios. Nesse sentido, vide ROMS 5.917/SP (Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro da 6ª Turma do STJ), com acórdão publicado em 06.05.1996, e REsp 187.140/SP (Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro da 6ª Turma do STJ), com acórdão publicado em 10.05.1999.

(79) São componentes dessa corrente doutrinária majoritária, que entende ser o Estado responsável direto pelos atos de notários e registradores, os seguintes

e registradores exerceriam função pública não em seus próprios nomes, mas em nome do Estado, por meio de uma delegação *sui generis*.[80] Acresce que a autonomia de notários e registradores é restrita pela intensa fiscalização pelo Poder Judiciário a que seus atos são submetidos, sendo inquestionável que agem sob o império do Poder Público, dentro dos limites e da forma previstos em lei. O Estado, para esses pensadores, apresenta-se como verdadeiro controlador do modo como se exercem as atividades notariais e de registro, as normas de operação interna das serventias, até os últimos detalhes, por isso, qualquer acontecimento

doutrinadores: Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 172); Yussef Said CAHALI (1996, p. 349); Rui STOCO (1995, p. 50); Vilson Rodrigues ALVES (2001, p. 422-424); Roberto Senise LISBOA (2001, p. 191-192); Carlos Roberto GONÇALVES (2002, p. 470-474); Cláudio Antônio Soares LEVADA (2001, p. 41-42); Walter CENEVIVA (2000, p. 145-146); João Roberto PARIZATTO (1995, p. 53-54); Clayton REIS (1994, p. 250); SIQUEIRA et SIQUEIRA (2000, p. 39 e 47); Flauzilino Araújo dos SANTOS (1997, p. 14); José Maria de Almeida CÉSAR e Irineu Antonio PEDROTTI (*Serviços notariais e de registro*, Universitária de Direito, 1996, p. 165, apud NALINI, 1997, p. 84). Vale observar que, em um primeiro momento, José Renato NALINI (1991, p. 25) sugeriu sua inclusão nesta corrente que sustenta a responsabilidade direta do Estado por atos notariais e de registro, senão vejamos, *in verbis*: "Assegura-se o direito de regresso contra o preposto ou auxiliar [da serventia] – § 2° – assim como é do sistema o direito de regresso do Estado contra o tabelião, se o prejudicado preferir acionar diretamente o poder público por lesão causada pelo detentor do serviço público delegado". Como já se demonstrou, NALINI (1997, p. 85 e ss.), atualmente, deixa clara sua simpatia pela tese da responsabilidade apenas subsidiária do Estado, pelos atos causados nas serventias extrajudiciais não-oficializadas.

(80) Flauzilino Araújo dos SANTOS (1997, p. 13) chama atenção para o fato de que, no caso de notários e registradores, mesmo com a delegação, pode-se dizer que a responsabilidade deve ser direta do Estado e que os titulares das serventias extrajudiciais não agem em nome próprio, mas no do Estado. O oficial titular do 1° Registro Imobiliário de São Paulo, em sua monografia apresentada para a cadeira de direito civil do curso de mestrado da Universidade Paulista – UNIP, sustenta, por meio da citação de doutrina italiana (Gianini, *Diritto amministrativo*, 1970, v. 1, p. 302, e Colzi, *Novissimo digesto italiano*. Verbete: Delegazione amministrativa, n. 1), a dificuldade de se compreender o instituto da delegação administrativa, sendo que os doutrinadores que tentam categorizar sua natureza são tomados de dúvida e perplexidade, sendo forçados a admitir que tal instituto, pela indefinição de seus contornos, encerra "um dos mais obscuros problemas do Direito Administrativo".

danoso que ocorra não pode ser considerado alheio ao Estado, a ponto de excluir a sua responsabilidade direta.

Com efeito, dentre os deveres dos tabeliães e oficiais de registro arrolados no art. 30 da Lei 8.935/1994, consta do inciso XIV a obrigação de "observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente". E, caso tal dever não seja cumprido, o inciso I do art. 31 do mesmo Estatuto Legal apregoa que "a inobservância das prescrições legais ou normativas" é infração disciplinar que sujeita os titulares de serventias extrajudiciais às penalidades ali previstas. Tal sujeição estaria supostamente a revelar, de manifesto, uma especial situação de obediência que implica o acatamento de ordens e diretivas, as quais podem acarretar responsabilidade tanto a quem as impõe como aos que as recebem e as cumprem. Ao Estado se reconheceria não só um poder regulamentar de caráter disciplinador, mas também um poder interno de direção mediante instruções e ordens concretas de natureza e extensão análogas às que ostenta sobre seus próprios órgãos e agentes, assemelhando-se tal poder ordenatório ao poder hierárquico.

Para essa corrente, que ainda hoje se apresenta majoritária, o art. 236 em nada teria alterado o regime de responsabilidade estatal em face dos prejuízos causados pelos titulares de cartórios extrajudiciais. O só fato de os emolumentos serem pagos diretamente pelos particulares não retira do Estado a responsabilidade por atos dos notários e registradores.[81] A Constituição de 1988 nada teria mudado quanto à responsabilidade do Estado pelos atos dos "serventuários" (que devem ser considerados como agentes públicos), aplicando-se, na espécie, o dispositivo do § 6º do art. 37. A responsabilidade objetiva do Estado por atos de seus agentes já está disciplinada constitucionalmente; a lei regulamentadora do art. 236 da Constituição só pode disciplinar aquilo que a Lei Maior lhe cometeu e permitiu. Assim sendo, apenas o alcance e a extensão da

(81) Rui STOCO (2001, p. 786), citando lição de Alaim de Almeida Carneiro (*Os serventuários de justiça – Sua situação jurídica*, RDA 3/451-452), menciona 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".

responsabilidade civil e criminal dos notários, oficiais de registro e seus prepostos é que dependeriam da norma infraconstitucional para serem definidos.

Segundo Flauzilino Araújo dos SANTOS (1997, p. 5), a maior preocupação do constituinte originário teria sido cuidar da organização administrativa dos serviços notariais e de registro, de forma a que, em todo o País, se obedeçam aos mesmos regramentos, evitando-se a disparidade então existente, em conseqüência da diversidade das leis de organização judiciária de cada uma das unidades da Federação. "A Constituição promulgada em 1988 apenas consagrou, dentro do princípio federativo, que em todo o território nacional os serviços notariais e de registro seriam exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, já que, em algumas unidades da Federação, os serviços eram exercidos em caráter privado e, em outras, diretamente pelo próprio Estado."

3.4.5 O descabimento da responsabilidade direta do Estado pelos atos notariais e de registro praticados em serventias não-oficializadas

Entendemos que são mais consistentes os argumentos da corrente minoritária que, considerando o regime de delegação e a percepção integral de emolumentos pelos titulares de serventias não-oficializadas, preconiza, a princípio, a inexistência de responsabilidade direta do Estado por atos desses agentes delegados. Passamos, pois, a refutar, pontualmente e em breves linhas (para que a pretensão de enfatizar a (in)consistência de certos argumentos não nos torne, desnecessariamente, repetitivos), as assertivas da corrente majoritária.

O argumento referente à fiscalização pelo Poder Público e à necessidade de obediência, por parte dos notários e registradores, a regras administrativas básicas pode ser desafiado por comparação à análoga situação de outros agentes delegados. Tal controle estatal – incidente também, normalmente por meio de agências reguladoras, sobre concessionários e permissionários (que firmam com a entidade concedente contrato administrativo dotado de cláusulas exorbitantes) – decorre da sobrepujança do interesse público sobre o particular e esse modelo fiscalizador é ínsito ao próprio regime de delegação: delega-se a execução do serviço público (que deve ser prestado com eficiência e qualidade),

mas não se traspassa a sua titularidade, que permanece na esfera do ente estatal.

Nos dizeres de Clenício da Silva DUARTE (1974, p. 41-42), ao delegante deve sempre ser reconhecido um direito de vigiar o uso dos poderes delegados, um poder de superintendência (independentemente da hierarquia), sem o que a delegação implicaria a alienação dos poderes e até poderia criar a subversão das situações, ou seja, não há relação jurídica de hierarquia, mas existe uma supremacia política que dá prevalência à vontade da entidade delegante.

O delegado não se submete à subordinação hierárquica, mas à fiscalização técnica e disciplinar. Ademais, concessionárias e permissionárias prestam, igualmente, serviços públicos, e nem por isso, como já observado, poder-se-á afirmar, esquivando-se de sua responsabilidade e imputando responsabilidade direta ao Estado, que agem não por sua própria conta e risco, mas, antes, em nome do ente estatal.[82] Como observa

(82) Sobre o tema da natureza jurídica da delegação de competência, como espécie de autorização administrativa (dentro dos atos de descentralização/desconcentração), vide Clenício da Silva DUARTE (1974, p. 39-40). Vale ressaltar que as múltiplas e cada vez mais absorventes tarefas que se cometem ao Poder Público impuseram a descentralização de atribuições, de modo a que se aparelhasse o Estado para lograr êxito em seus objetivos, dentro da dinâmica administrativa, segundo princípios da técnica e eficiência de gestão. Todavia, dada a pletora de atividades que o próprio Estado se atribuiu, nem sempre basta, para a realização de seus fins, o recurso à descentralização, impondo-se o apelo à desconcentração administrativa. Sobre a diferença entre descentralização e desconcentração, conforme lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2001, p. 115-116), "o Estado tanto pode prestar por si mesmo as atividades administrativas, como pode desempenhá-las por via de outros sujeitos, caso em que se estará perante a chamada descentralização. (...) Assim, diz-se que a atividade administrativa é *descentralizada* quando é exercida (...) por pessoa ou pessoas distintas do Estado. Diz-se que a atividade administrativa é *centralizada* quando é exercida pelo próprio Estado, ou seja, pelo conjunto orgânico que lhe compõe a intimidade. Na centralização o Estado atua *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. Consistem, portanto, em meras distribuições internas de plexos de competência, ou seja, em 'desconcentrações' administrativas. (...) O fenômeno da distribuição interna de plexos de competências decisórias, agrupadas em unidades individualizadas, denomina-se *desconcentração*". Nem

o jurista uruguaio Carlos DELPIAZZO (1998, p. 17), *in verbis*: "En rigor, a partir de que la relación primaria del usuario del servicio público es con el concesionario que lo presta, en principio debe responder éste en caso de daño, y sólo subsidiariamente la entidad estatal, sin perjuicio de que la responsabilidad de la Administración concedente o, en su caso, los entes u órganos reguladores pueda verse comprometida por su propria conducta, lo que habilitará a los usuarios a demandarla directamente. Claro está que, en tales situaciones, el Estado no estará respondiendo por la actuación del concesionario sino por la suya, de conformidad con las reglas generales antes examinadas".

Esse é também o escólio do professor argentino Alejandro Pérez HUALDE (1997, p. 39-40), no sentido de que o delegado de serviços públicos, muito embora se submeta a regras diretivas e controladoras, não se encontra em situação de submissão ao Estado. A presença concreta do interesse comum, de forma imediata e direta, na prestação de serviço público, faz com que seja necessário um marco regulatório, fundado no poder de polícia do Estado. E conclui o administrativista e constitucionalista argentino, *in verbis*: "La relación de derecho público [del concesionario con el Estado] no permite extraer consecuencias atentatorias contra la naturaleza misma del contrato, que así como contiene esencialmente el otorgamiento de cláusulas contractuales exorbitantes y controles policiales extracontractuales, también corresponde a su esencia la prestación 'por su propia cuenta y riesgo' del servicio de que se trata. Las consecuencias no deben resultar negatorias de ninguno de los elementos esenciales comprometidos institucionalmente".

sempre a desconcentração visa apenas a aliviar a carga de trabalho, sendo, muitas vezes, usada para maior eficiência do resultado a alcançar, pelas melhores condições técnicas eventuais do agente em favor do qual ocorreu a desconcentração. O DL 200, de 25.02.1967, que dispunha sobre a organização da Administração Federal, estabelecendo diretrizes para a Reforma Administrativa, estatuiu, *in verbis*: "Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I – Planejamento. II – Coordenação. III – Descentralização. IV – Delegação de Competência. V – Controle" e "Art. 11. A delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-se na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender".

O fato é que, mesmo quando consideramos que a titularidade do serviço público permanece em poder do Estado, pode-se dizer que o delegado atua por sua conta, ou seja, não atua "por outro", age "por si". Por essa razão, não se confunde com o funcionário ou com o empregado públicos. O referido "atuar por si", que afasta a responsabilidade direta do Estado, não se vê impedido ou limitado pela natureza pública dos poderes e faculdades que o delegado exerce em virtude da prestação do serviço, tampouco pela natureza pública do vínculo jurídico com o poder delegante ou das prerrogativas que envolvem a sua relação com os usuários.

Ressalte-se, também, que a delegação não se confunde com a representação nem com a imputação (da teoria dos órgãos). Isso porque, na delegação, transferem-se ao delegado atribuições próprias do delegante, sendo que este deixa de ser direta e imediatamente responsável pelo desempenho de tais competências.

Na representação, o representante age em nome do representado, devendo depois lhe prestar contas do mandato. Quanto à imputação orgânica, como já tivemos a oportunidade de assinalar, esse é o modelo que caracteriza o vínculo existente entre os servidores (agentes) públicos e o Estado. Nessa relação jurídica, a atuação daqueles é imputada à entidade estatal que eles integram, ou seja, a atividade dos agentes identifica-se e confunde-se com a da pessoa jurídica por eles integrada. Ambas modalidades não se confundem com a delegação, pois, neste último caso, o delegado age em razão de sua função, a cujas atribuições se somaram as que constituem o objeto da delegação, e não em nome do Estado ou como se o próprio Estado estivesse diretamente agindo.

É incontestável a natureza pública do serviço prestado pelos tabelionatos e cartórios de registros, uma vez que a segurança jurídica e a garantia de eficácia contra terceiros interessa a toda a sociedade. Todavia, notários e registradores exercem suas atividades por suas próprias contas e riscos e não em nome do Estado, contratando o seu pessoal e remunerando-o de forma autônoma, sendo certo que os titulares recebem emolumentos condizentes com tais responsabilidades. A responsabilidade apenas subsidiária do ente estatal (oportunizada somente após a comprovação de insolvência do titular do cartório) decorre não somente do fato de os emolumentos serem pagos diretamente por interessados pelos serviços, mas, principalmente, pela independência de gerenciamento

administrativo e financeiro (Lei 8.935/1994, art. 21) que caracteriza os serviços notariais e registrais.

Encerrando a impugnação analítica dos argumentos da corrente majoritária, cumpre enfrentar o tema referente à aplicabilidade do § 6º do art. 37 da CF como norma definidora da responsabilidade direta e objetiva do Estado por ato de seus agentes. Outrossim, resta saber o alcance normativo que poderá atingir a norma infraconstitucional, regulamentadora da responsabilidade civil, referida no § 1º do art. 236 da CF.

Já assinalamos anteriormente (vide nota de rodapé 41 deste Capítulo 3) que, embora admitamos que as pessoas físicas prestadoras de serviços públicos possam ser responsabilizadas objetivamente, com base no § 6º do art. 37 da CF, não concordamos com que a responsabilidade de notários e registradores esteja enquadrada neste dispositivo constitucional. Em face do princípio da especialidade, a norma que regula a responsabilidade civil de notários e registradores está insculpida no § 1º do art. 236 do Texto Constitucional. De qualquer forma, no que tange à responsabilidade do Estado, entendemos correta a utilização do disposto no referido § 6º do art. 37. Todavia, notários e registradores devem ser tratados como prestadores de serviços públicos por delegação (conforme dispõe o início do § 6º), implicando responsabilidade apenas subsidiária do Estado; mas não como agentes públicos (§ 6º, *in fine*), a ensejar a responsabilidade direta do ente estatal a que está vinculado.

O Supremo Tribunal Federal, como já se mencionou,[83] vem, recentemente, dando mostras da robustez jurídica da tese que ora sustentamos. Com efeito, no julgamento do RE 178.236/RJ (sob a relatoria do Min. Octavio Gallotti, julgado em 07.06.1996 com acórdão publicado no *DJ* de 11.04.1997), em que se discutia a natureza jurídica dos titulares das serventias extrajudiciais não-oficializadas para efeito da aposentadoria compulsória, pode-se depreender dos votos dissidentes dos

(83) Como já se apontou, no final da nota de rodapé 69 deste Capítulo 3, no julgamento do RE 201.595/SP (Rel. Min. Marco Aurélio), o Supremo Tribunal Federal, por sua 2ª Turma, acenou com a possibilidade de evoluir em seu entendimento, para concluir pelo descabimento de responsabilidade direta do Estado por atos notariais e de registro ocorridos em serventias não oficializadas. Cumpre salientar que o referido julgamento poderá representar verdadeiro *leading case* para a mudança de entendimento jurisprudencial.

Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence o tratamento específico que deve receber a matéria concernente à responsabilidade civil de notários e registradores. Vejamos:

Trechos do voto do Min. Marco Aurélio – "(...) Mediante o preceito do artigo 236, previu-se que os serviços notariais e de registro seriam exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, e que *lei regularia as atividades, disciplinaria responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro – que não é a responsabilidade do servidor em geral – e dos seus prepostos*, e definiria a fiscalização dos atos desses delegados, não há a menor dúvida, pelo Poder Judiciário – § 1°. (...) Não posso 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. Concessionário não é servidor público, da mesma forma que um notário, se enquadrado no artigo 236, porque simples delegado, não o é. Hely Lopes Meirelles ressalta que não se pode confundir os conceitos de concessionário e de servidor público. (...) As equiparações constitucionais vêm expressas, como é o caso da contemplada no § 6° do artigo 37, justamente quanto à responsabilidade das pessoas naturais e de direito privado que prestam, seja por concessão, delegação ou permissão, serviços públicos, quanto a danos causados por si e prepostos a particulares. Não se tem preceito algum que equipare o notário, que exerça a atividade em caráter privado, como está na cabeça do artigo 236, com o servidor público. Ele não percebe dos cofres públicos. O ganho que aufere decorre da equação alusiva aos emolumentos cobrados segundo a lei federal prevista no § 2° do artigo em comento e às despesas resultantes da atividade, correndo à respectiva conta qualquer desequilíbrio negativo que venha a exsurgir. (...) *Somente o misoneísmo, ou seja, o apego ao anteriormente estabelecido, sem perquirir-se as razões do novo enfoque, da realidade constitucional, é capaz de levar à conclusão de que nada mudou, persistindo, em que pese a referência ao caráter privado contida no artigo 236, a delegação indispensável a ter-se o exercício sob tal modalidade, o passado, ou seja, os parâmetros próprios à delegação*." (Grifou-se.)

Trecho da conclusão do voto do Min. Sepúlveda Pertence – "Finalmente, depois de tantos votos tão substanciosos, que procuraram tirar do § 1° do art. 236 argumentos no sentido de que o oficial continua a ser um servidor público, para efeitos constitucionais, devo dizer que, *data*

venia, me convenci, até pelo § 1°, de que assim não ocorre: *para dizer de responsabilidade de servidor público não seria preciso prever que a lei o faria especificamente com relação à atividade dos oficiais de registro*; também não era preciso prever que a lei regulará a fiscalização de sua atividade pelo Poder Judiciário, pois, *data venia, o que o Estado exerce sobre os seus servidores é poder disciplinar, e não fiscalização, que é atividade de inspeção de atividade alheia, praticada em nome próprio*." (Grifou-se.)

Cumpre salientar que a definição dos limites da responsabilidade direta do Estado é matéria de extrema relevância, afinal de contas, conforme observa Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2001, p. 821), o Estado não pode ser erigido à categoria de *segurador universal*. Reconhecemos, contudo, que a edição de novas leis ampliando as responsabilidades estatais representa grande avanço social e instrumento indispensável na proteção dos administrados, contribuindo para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana e concretização da verdadeira cidadania, fundamentos da democracia brasileira (CF, art. 1°, II e III).

O que pretendemos problematizar, no presente ponto, é o fato de que se constitui inaceitável abuso erigir o Estado à condição de segurador universal. Tal atitude em nada contribui para o desenvolvimento da melhoria da qualidade de vida de nossa população. Nesse mesmo sentido, é a reflexão de Gilmar Ferreira MENDES (2000), em seu breve, porém expressivo, artigo intitulado como "Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado. União 'seguradora universal'?, ocasião em que expressa o seguinte, *in verbis*: "Alguns juízes entendem que estão a criar uma jurisprudência libertária quando condenam a União – significa dizer, a pobre sociedade brasileira – a pagar vultosas indenizações a segmentos largamente privilegiados, seja com a política de subsídios do passado, seja com a generosa hermenêutica do presente. Por mais que se faça um pretenso juízo de eqüidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo 'à brasileira', no qual os lucros são apropriados e os prejuízos socializados".

De certa forma, pode-se aplicar esse raciocínio aos titulares de cartórios não-oficializados. Se considerarmos que, com base no art. 28 da Lei 8.935/1994, notários e registradores têm direito à percepção dos

emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia,[84] apropriando-se, assim, dos lucros daí decorrentes, os prejuízos que causarem não devem ser socializados e satisfeitos pela totalidade dos cidadãos brasileiros. Afinal, o Estado é a própria sociedade civil jurídica e politicamente organizada.[85]

A importância do tema ora debatido potencializa-se ao verificarmos que, *de lege ferenda*, já existe anteprojeto de lei, no âmbito do Ministério

(84) Note-se que partimos da premissa de que os emolumentos integrais percebidos pelos delegados de serviços notariais e de registro são condizentes com o maior grau de autonomia que tais agentes passaram a desfrutar com o advento da Constituição de 1988 e, portanto, tais emolumentos são (ou devem ser, por alguma forma de compensação) suficientes, em tese, para remunerar o delegado e justificar sua responsabilidade direta e exclusiva pelos atos da serventia não oficializada que titulariza (vide reflexões do item 2.3, principalmente as notas de rodapé 34 e 35 do Capítulo 2).

(85) Diante de tal assertiva, sob o prisma de que o prejuízo (ou ganho) do Estado implica necessariamente o respectivo prejuízo (ou ganho) da coletividade, resta mitigada, de certa forma, a distinção entre interesse público primário e o interesse secundário. O interesse público primário, doutrinariamente, representa o interesse da coletividade como um todo, ou seja, a consecução do bem comum e a viabilização da harmonia social. Por seu turno, o interesse secundário encerra o interesse que o Estado supostamente poderia ter como qualquer outro sujeito de direitos, independentemente de sua qualidade de promotor de interesses de terceiros: os da coletividade. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2001, p. 32-33), respaldado na doutrina italiana de Renato Alessi (*Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 3 ed., Milão: Giuffrè, 1960, p. 197), menciona, como exemplo de hipotético interesse secundário, o fato de o Estado ter o interesse de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas "seus", enquanto pessoa (sujeito de direitos), na condição de entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos. A fim de sempre aproximar o interesse secundário ao genuíno interesse público primário, pode-se inferir que à Administração não é dado proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares (ocupados estes na defesa das "próprias" conveniências), sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir.

da Justiça, contemplando a responsabilidade civil do Estado por atos notariais e de registro. Com efeito, em 25 de fevereiro de 2002, o então Advogado-Geral da União, Gilmar Ferreira Mendes, e o então Ministro da Justiça, Aloysio Nunes, baixaram Portaria Conjunta, criando comissão encarregada de elaborar anteprojeto de lei da responsabilidade civil do Estado, regulamentando o § 6º do art. 37 da CF de 1988. Tal comissão, que já concluiu seus trabalhos (tendo entregado, em 16.08.2002, o anteprojeto ao então Advogado-Geral da União, José Bonifácio Borges de Andrada, e ao então Ministro da Justiça, Paulo de Tarso) foi presidida pelo Professor Caio Tácito e integrada por Yussef Said Cahali, Carlos Alberto Direito, Odete Medauar,[86] Sérgio Andréa Ferreira, Tereza Miranda Lima e pelo então Consultor-Geral da União, André Serrão Borges.

Nosso posicionamento, no sentido da exclusão da responsabilidade direta do Estado, não representa a elaboração de uma singela defesa do interesse estatal na conjuntura, mas antes de uma valoração clara da

(86) Segundo informações prestadas pela Professora Odete Medauar, em palestra proferida, no auditório D. João VI (da Imprensa Nacional em Brasília/DF), às 16:00h do dia 18 de novembro de 2002, no V Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, organizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, a comissão que elaborou o anteprojeto houve por bem acompanhar o entendimento jurisprudencial e propor a responsabilização direta e objetiva do Estado por atos notariais e de registro. Não se confirma, assim, a expectativa do Professor José Renato NALINI (1997, p. 87), no sentido de que, a respeito da responsabilidade somente subsidiária do Estado em face de atos notariais e registrais, *in verbis*: "Odete Medauar parece compartilhar dessa tendência, quando afirma que a primeira relação de responsabilidade estabelecida no parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição da República é a do poder público *e seus delegados* na prestação de serviços públicos, perante a vítima do dano e de caráter objetivo, fundada no nexo causal (Odete Medauar, Direito administrativo moderno, p. 401)". O fato é que Odete MEDAUAR, em sua obra (2002, p. 446-447), ao fazer menção à relação de responsabilidade direta e objetiva dos "*delegados na prestação de serviços públicos*", está a se referir nas "pessoas jurídicas" de direito público e privado prestadoras de serviços públicos. Considerando que notários e registradores são pessoas físicas e levando-se em conta que os cartórios não possuem personalidade jurídica, infere-se que, para Odete Medauar, os titulares de serventias não-oficializadas apresentam-se, para os efeitos de responsabilidade civil do Estado, como se agentes públicos fossem.

assunção de riscos próprios por parte do titular da serventia não-oficializada, a fim de defender a justificativa ética e jurídica de sua remuneração por emolumentos integrais.

Entendemos, na linha de Alejandro Pérez HUALDE (1997, p. X), que uma progressiva assunção, pelo Estado, das responsabilidades próprias dos agentes delegados prestadores de serviços públicos levará, inexoravelmente, ao questionamento das remunerações de que estes se vêem contemplados. Mesmo quando a referida assunção estatal de responsabilidades se produz de forma provisória (uma vez que, em tese, poderia reaver a quantia gasta com a indenização direta à vítima por meio da ação regressiva), a mera relativização da obrigação direta do agente delegado (de assumir a prestação do serviço por sua própria conta e risco) poderá representar a correlata relativização (com a tendência de estatização) dos serviços delegados. Por outro lado, tendo o constituinte originário evidenciado sua opção pelo modelo privatizado dos cartórios extrajudiciais, qualquer conduta tendente ao retorno da oficialização de tais serviços revelar-se-á, em princípio, inconstitucional.

Frisamos: não deve haver delegação sem riscos próprios do delegado. Se equipararmos o delegado prestador de serviços públicos à situação de subordinação que caracteriza os agentes públicos, então deveremos empregar a figura do cargo público e não da delegação. Isso porque a primeira representa vinculação por dependência e a segunda contém o desempenho autônomo de atividade notarial e registral que só se justifica se a atuação se der por conta própria e pela assunção de riscos do delegado. O que sustentamos não implica retrocesso, nem ignorar as modernas tendências de alargamento das responsabilidades estatais e da ampliação do âmbito de proteção da vítima, que dão ênfase à reparação integral dos danos na sua vinculação com a eqüidade. Trata-se, antes, de compatibilizar tais tendências com outra em que está envolto nosso País neste início de terceiro milênio, a respeito da atualização de todo o sistema de serviços públicos em face do caráter multifacetado do Estado contemporâneo: a forte participação da iniciativa privada e de todos os habitantes numa relação jurídica com o Estado que converte a todos em sujeitos protagonistas e responsáveis pela consecução do bem-estar geral.[87]

[87] Luís Roberto BARROSO (2003, p. 7-11) chama atenção para o fato de que o modelo de maior intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de

Por tais motivos é que não devem prosperar alegações de que a responsabilidade direta do Estado decorre, simplesmente, da correspondência entre seus poderes e deveres nas relações entre o indivíduo e a coletividade, no sentido de que quanto mais intensos são aqueles (poderes) tanto maiores serão estes (deveres). Nessa linha de equivocado enfoque, caso a expansão da responsabilidade do Estado acabe parecendo onerosa, tal se deve ao fato de que o aparelho administrativo dos serviços notariais e de registro não está devidamente organizado, e o único remédio contra tal desorganização seria, precisamente, forçar o Estado, por aplicação severa da regra da sua responsabilidade, a escolher titulares mais esclarecidos e mais devotados ao interesse público. Acreditamos que, ao ampliar a autonomia administrativa e financeira de notários e registradores, o Estado reduz sua margem de poder sobre as atividades desses profissionais, o que induz a redução do risco assumido pela entidade estatal, justificando a subsidiariedade de sua responsabilidade.

Uma vez demonstrados os problemas que permeiam a matéria concernente ao dever de ressarcir do Estado por atos notariais e de registro, bem como apresentado nosso entendimento de que ao Estado, via de regra, não cabe responsabilidade direta ou solidária por atos de serventias extrajudiciais não-oficializadas, passemos, pois, a analisar o critério (se objetivo ou subjetivo) que deve ser utilizado para a aferição da responsabilidade civil de notários e registradores que titularizam os ditos cartórios não-oficializados.

3.4.6 O critério subjetivo de aferição da responsabilidade de notários e registradores

Prevalece, ainda hoje, o entendimento de que notários e registradores, por serem considerados agentes públicos, respondem, nos termos

esvaziamento do Estado como protagonista do processo econômico. O Estado brasileiro passou, ao longo da última década, por um conjunto amplo de transformações, muitas fundadas em emendas à Constituição, que visavam a reduzir a sua ação direta, tanto na prestação de serviços (reservando os essenciais ou inerentes, como a defesa nacional, diplomacia, segurança pública, prestação jurisdicional, atividade legislativa etc.) quanto na exploração de atividades econômicas, com ampliação de suas funções regulatórias e fiscalizatórias, flexibilizando, até mesmo, tradicionais monopólios (vide Emendas Constitucionais n. 5, 8 e 9 de 1995).

do § 6º, *in fine*, do art. 37 da CF, somente mediante a comprovação de que praticaram atos culposos ou dolosos (critério subjetivo). Assim, pelos atos notariais e de registro, o Estado responde direta e objetivamente, ao passo que o agente causador do dano (titular da serventia ou seu preposto) responde subjetivamente por seus atos.[88] Dentro dessa corrente subjetiva situam-se: Rui STOCO (1995, p. 50); Vilson Rodrigues ALVES (2001, p. 422-424); Walter CENEVIVA (2000, p. 146); Carlos Roberto GONÇALVES (2002, p. 470-474); SWENSSON et al (2000, p. 53); Clayton REIS (1994, p. 250); SIQUEIRA et SIQUEIRA (2000, p. 38 e 47) e Flauzilino Araújo dos SANTOS (1997, p. 14).[89]

Nesses termos, a vítima poderá ajuizar ação de responsabilidade civil das seguintes formas: a) diretamente contra o Estado, com base na responsabilidade objetiva consagrada no § 6º do art. 37 da Constituição de 1988, bastando a comprovação do dano e o nexo de causalidade entre o evento danoso e o serviço prestado, cabendo ao Estado o direito de regresso contra o agente causador do dano (titular do cartório e/ou preposto), nos casos de dolo ou culpa deste; b) diretamente contra o titular da serventia não-oficializada, desde que a vítima prove a ocorrência de culpa ou dolo na prestação do serviço notarial ou de registro, cabendo ao titular o direito de regresso contra o preposto causador do prejuízo;[90]

(88) No que tange à responsabilidade solidária entre o Estado e o agente público, vale a pena conferir as observações exaradas na nota de rodapé 43 deste Capítulo 3.

(89) Caio Mário da Silva PEREIRA (2001, p. 170-172) e João Roberto PARIZATTO (1995, p. 53-54), muito embora não explicitem sua opção de forma clara, pelos exemplos jurisprudenciais mencionados em suas obras, parecem adeptos da corrente que sustenta a responsabilidade subjetiva de notários e registradores. Por seu turno, José Maria de Almeida César e Irineu Antonio Pedrotti (*Serviços Notariais e de Registro*, Universitária de Direito, 1996, p. 165, apud NALINI, 1997, p. 84) entendem, fazendo coro com Rui STOCO (1995, p. 50), que, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, a responsabilidade direta é do Estado; "vê-se, então, que não pode a lei ordinária [art. 22 da Lei 8.935/1994] responsabilizar diretamente o Agente Público".

(90) O titular da serventia extrajudicial não-oficializada é responsável pelos atos praticados por seus prepostos, conforme disposto no art. 28 da Lei 6.015/1973, no art. 22 da Lei 8.935/1994, no art. 38 da Lei 9.492/1997 e nos arts. 932, III, e 933 ambos da Lei 10.406/2002 (novo Código Civil). Vale mencionar que, relativamente a responsabilidade por fato de terceiro, o novo Código Civil,

e c) diretamente contra o preposto (funcionário da serventia extrajudicial), mediante a comprovação de culpa ou dolo deste. O fato de ser o Estado responsável pelos danos causados por seus agentes, bem como o titular da serventia pelos atos de seus prepostos, não exonera os titulares e seus prepostos de responsabilidade. Pode, então, a vítima, considerando a solidariedade passiva, agir contra um, dois ou três.

A matéria, relativa à responsabilidade de notários e registradores, como já se disse, não é pacífica. Vários são os autores que, com base nas disposições constitucionais contidas no § 6º do art. 37 (que responsabiliza objetivamente os prestadores de serviço público) e no art. 236 (que determina que os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público), sustentam que, com a promulgação da Carta da República de 1988, o art. 28 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) não teria sido recepcionado e que, portanto, a responsabilidade dos titulares das serventias extrajudiciais não-oficializadas passou a ser objetiva, nos mesmos moldes da responsabilidade dos concessionários e permissionários de serviços públicos. São adeptos desse entendimento os seguintes autores: Hely Lopes MEIRELLES (1994, p. 76); Humberto THEODORO JÚNIOR (1990, p. 10); Roberto Senise LISBOA (2001, p. 191-192); Romeu Felipe BACELLAR FILHO (2000, p. 3); Ana Cristina de Souza MAIA (2002, p. 11); Maria Bárbara Toledo ANDRADE E SILVA (2003, p. 4) e Antônio Joaquim de COUTO JÚNIOR (1999).

O fundamento da responsabilidade objetiva de notários e registradores seria o *risco* que envolve a prestação de um serviço público (*risco-criado*) e o fato de tal atividade ser marcada pela contraprestacionalidade direta e imediata, representada pela remuneração do serviço, pelos emolumentos que financiam o conjunto dos procedimentos notariais e registrais efetuados (*risco-proveito*). Assim, o elemento financeiro, a apropriação direta e integral dos emolumentos cartorários, justificaria a responsabilização objetiva de notários e registradores, a qual (responsabilidade

superando qualquer divergência doutrinária a respeito do fundamento de tal responsabilidade (representação, culpa *in vigilando*, culpa *in eligendo*, culpa presumida, noção objetiva de garantia), dispõe, em seu art. 933, que os empregadores ou preponentes responderão, "ainda que não haja culpa de sua parte", pelos atos praticados por empregados e prepostos.

objetiva) se apresentaria como meio de compensar o usuário dos serviços do "apetite capitalista ou da mera exploração da atividade econômica" por parte dos cartórios.[91]

Acresce que, com o advento da Lei 8.935/1994, principalmente por força do disposto em seu artigo 22, alguns doutrinadores foram induzidos a concluir que a responsabilidade de notários e registradores passou, a partir de então, a ser objetiva. Dentre tais doutrinadores podemos mencionar: José Renato NALINI (1997, p. 88); Yussef Said CAHALI (1996, p. 348); Cláudio Antônio Soares LEVADA (2001, p. 41-42) e Luís Carlos Fagundes VIANNA (2001, p. 165). Segundo tal corrente, a responsabilidade objetiva dos notários e registradores pelos danos causados à parte ou a terceiros "incide, exclusivamente, sobre fatos comissivos ou omissivos *posteriores* à Lei 8.935, de 18.11.1994. Os fatos anteriores a esta data não dispensam a averiguação da culpa ou dolo para ensejar a responsabilidade do serventuário".[92]

Muito embora não sejamos adeptos da corrente objetiva, admitindo-se, apenas por prestígio à completude argumentativa, a responsabilidade sem culpa de notários e registradores, entendemos que a distinção

(91) Sobre o tema da responsabilidade (objetiva ou subjetiva) decorrente da prestação de serviços públicos remunerados prestados por concessionários ou gratuitos fornecidos diretamente pelo Estado, vide Georghio TOMELIN (1997).

(92) Cf. José Renato NALINI (1997, p. 92); Yussef Said CAHALI (1996, p. 349). Vale lembrar, ainda, que alguns adeptos da responsabilidade objetiva de notários e registradores sustentam a responsabilidade solidária (direta) e objetiva do Estado (vide nota de rodapé 79 deste Capítulo 3). Assim é que, nos dizeres de Cláudio LEVADA (2001, p. 42), "tendo sofrido prejuízo por incúria (direta ou indireta) do notário responsável pela Serventia, ou por mera demonstração do dano e do nexo causal com a atividade notarial mal exercida, poderá ele: a) propor a ação diretamente contra o Estado, com base no art. 37, § 6º, da CF, fundamentando na responsabilidade objetiva do Poder Público; b) propor ação diretamente contra o notário e/ou oficial de registro, com base no art. 22 da Lei 8.935/1984, também fundamentado na responsabilidade objetiva de tais integrantes do Poder Público; ou c) propor a ação diretamente contra o preposto causador do prejuízo, se individualizado, nesse caso, porém, tendo que provar a culpa ou dolo com que este tenha agido, pois a hipótese é de responsabilidade subjetiva, nos expressos termos da parte final do citado art. 22 da Lei 8.935/1994, ao disciplinar a possibilidade do direito de regresso por parte dos notários e oficiais de registro."

do critério de aferição da responsabilidade em face do momento em que fora praticado o ato danoso, se antes ou depois da vigência de lei ordinária (Lei 8.935/1994), por imperativo de coerência, só se justifica se entendermos que o fundamento normativo da responsabilidade, no caso dos titulares das serventias extrajudiciais privadas, não está propriamente no art. 37, § 6°, da Constituição de 1988, mas, sim, no art. 236, § 1°. Explicamo-nos.

Caso entendamos que a *ultima ratio* da afirmada responsabilidade objetiva de notários e registradores seja a norma inscrita no § 6° do art. 37 da CF de 1988 – que determina a responsabilidade independentemente de culpa das "pessoas (físicas ou jurídicas) de direito privado prestadoras de serviço público" –, forçoso será concluir que notários e registradores, desde a promulgação de nossa atual Carta Política, passaram a responder objetivamente pelos atos da serventia não-oficializada que titularizam. Seria antiisonômico entender diferentemente, uma vez que a regra constitucional do § 6° do art. 37, que fixa a responsabilidade objetiva, não opera distinções entre categorias de agentes delegados, bem como é norma de ordem pública,[93] de eficácia plena[94] e de aplicabilidade

(93) Segundo leciona Carlos MAXIMILIANO (2002, p. 176), nas prescrições de ordem pública, o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o *fim principal* do preceito obrigatório; inspira-se antes no bem da comunidade do que no do indivíduo. Consideram-se de ordem pública as disposições que se enquadram nos domínios do direito público; entram, portanto, nesta categoria as constitucionais, as administrativas, as penais, as processuais, as de polícia e segurança e as de organização judiciária.

(94) Quanto à aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, José Afonso da SILVA (2000, p. 184-185) ensina que são normas constitucionais de eficácia plena aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que possuem aplicabilidade imediata, uma vez que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. Por fim, normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade.

imediata. Não fosse o § 1° do art. 236, que é norma constitucional de eficácia limitada, não poderia ficar ao talante do legislador ordinário determinar, no específico caso de notários e registradores, o momento de entrada em vigor da responsabilidade objetiva já estabelecida, de forma genérica, para os agentes delegados prestadores de serviços públicos.

A esse propósito, Rui STOCO (1995, p. 52-53), fundamentando-se no princípio da isonomia, desfere duras críticas à admissão da responsabilidade objetiva dos serventuários de cartórios. Senão vejamos, *in verbis*: "Não há dissenções, dúvidas ou controvérsias [sic] na doutrina e na jurisprudência de que a responsabilidade do Estado é objetiva, com direito de regresso contra o preposto [e se o *preposto do Estado* for um titular de cartório não-oficializado?], desde que este tenha agido com dolo ou culpa. Desse modo, se todos os servidores públicos ou agentes públicos típicos, por equiparação, ou particulares exercendo atividade pública delegada pelo Estado só respondem em face da culpa aquiliana, como seria possível impor a responsabilidade objetiva a apenas um segmento da atividade administrativa do Estado, ou seja, os notários e registradores? Se tal ocorresse, ressuma evidente, palmar e indiscutível discriminação da lei infraconstitucional, com ofensa ao princípio da isonomia. (...) Portanto, se o princípio da isonomia for uma proposição garantidora da igualdade universal positiva, com força de igualar os iguais em direitos, estendendo-os aos que foram injustamente discriminados, então a solução não comporta temperamentos; não há como fazer incidir a regra infraconstitucional discriminatória contida no art. 22, da Lei 8.935/1994, que deve ser pura e simplesmente desprezada".

Rebatendo as críticas de Rui STOCO, José Renato NALINI (1997, p. 92) pondera que, ao se admitir a responsabilidade *por culpa do serviço* do notário e do registrador, não se está vulnerando o princípio da isonomia. Notários e registradores estão recebendo tratamento idêntico ao constitucionalmente conferido ao delegante e às empresas de direito privado prestadoras de serviços públicos. E, assim, arremata o magistrado paulista, *in verbis*: "Lesão ao princípio da igualdade haveria se fossem eles excluídos da responsabilidade comum a toda prestação pública, privilegiados com a possibilidade de responder somente no caso de dolo ou culpa. É da essência da delegação a transferência da prestação, com todos os seus ônus e riscos, não apenas das vantagens que ela

acarrete. Seria *sui generis* essa delegação que reserva para o delegado os emolumentos e ao Estado todos os ônus decorrentes do serviço".

Entendemos que não devem prosperar, porque fundados em suposta e equívoca exigência de isonomia (lastreada no § 6º do art. 37 da CF), ambos os argumentos do confronto de idéias travado entre Rui STOCO (1995, p. 52-53), que exige igualdade entre os "agentes públicos", e José Renato NALINI (1997, p. 92), que impõe isonomia entre os "delegados prestadores de serviços públicos".

Como já tivemos a oportunidade de ressaltar, há disposição constitucional específica, dispondo a respeito da responsabilidade dos titulares de serventias extrajudiciais não-oficializadas, incumbindo ao legislador ordinário a sua regulação, nos seguintes termos: "*Lei* regulará as atividades, *disciplinará a responsabilidade civil* e criminal *dos notários, dos oficiais de registro e de seus propostos* (...)" (CF, art. 236, § 1º). Aí é que encontramos o fundamento normativo da responsabilidade civil de tabeliães e registradores.

Pelo fato de tal regra constitucional ser de eficácia limitada, não resta dúvida de que o constituinte originário conferiu ampla margem de atuação à competência discricionária do legislador ordinário federal, nos termos que a lei estabelecer.[95] Com efeito, caso haja *razoabilidade na*

(95) Romeu BACELLAR FILHO (2000) parece não concordar com o fato de que seja de competência federal (e não propriamente estadual) legislar sobre responsabilidade civil de notários e registradores. O administrativista paranaense revela, *in verbis*: "Tenho sérias dúvidas com relação à competência para a legislação em regras que regulem atividades de notários e registradores e, digo desde logo, tenho sérias dúvidas se a competência efetivamente era da lei federal. Não é a leitura que faço do art. 236, quando a Constituição refere que 'os Serviços Notariais e de Registro são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público' e o parágrafo 1º diz: 'Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos Notários, dos Oficiais de Registro e de seus propostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário'. E, já no parágrafo 2º, o mesmo Constituinte diz: 'Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos Serviços Notariais e de Registro'. Ou seja, quando a Constituição quis referir a competência da União Federal ela o fez de maneira iniludível: Lei federal para os emolumentos. E, no parágrafo 1º, a referência é tão-somente à lei. A competência da União Federal, eu reconheço, é uma competência privativa, no inciso 25 do art. 22, para legislar sobre Registros Públicos

normatividade (lei ordinária federal) regulamentadora da regra constitucional de aplicabilidade limitada, a que se refere o § 1º do art. 236, a responsabilidade de notários e registradores poderá, em tese, ser fixada sob moldes objetivos ou subjetivos. Tal escolha de critério depende da conveniência legislativa e da maioria política conjuntural no momento da aprovação do diploma legal.

Por coerência, a princípio, caso se entenda que, para os efeitos de responsabilidade civil, notários e registradores se aproximam, em face da sua natureza jurídica, da categoria de prestadores de serviços públicos delegados, a tendência é o estabelecimento de critério objetivo para a configuração do dever de ressarcimento ou indenização. Por outro lado, sendo tais profissionais do direito considerados como agentes (ou servidores) públicos, o critério será subjetivo.

Vale dizer que, quando nos referimos à *razoabilidade da lei regulamentadora*, estamos a cogitar na obediência do legislador aos princípios da *adequação* na categorização da natureza jurídica dos titulares de serventias não-oficializadas; da *necessidade* de, eventualmente, estabelecer o excepcional critério objetivo de responsabilização profissional, respeitando, outrossim, a "natureza mesma das atividades notariais e de registro".[96]

no seu caráter genérico, não necessariamente envolvendo atividades daqueles que haverão de funcionar como agentes desta prestação de serviços públicos na área de Registros Públicos." Por nossa vez, entendemos que seja, sim, competência da União normatizar, de forma geral, a matéria concernente à responsabilidade civil e criminal de notários, registradores e seus prepostos. Com efeito, nos termos do inciso I do art. 22 da CF, compete privativamente à União legislar sobre direito civil e penal. Quanto ao direito administrativo, o inciso VIII do art. 24 da CF estabelece a competência concorrente entre a União, Estados e Distrito para legislar sobre responsabilidade por dano ao consumidor. E, nos §§ 1º e 4º do mesmo art. 24, resta claro que, no âmbito da legislação concorrente, compete a União estabelecer normas gerais e que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária.

(96) Segundo observa Karl LARENZ (1997, p. 598), referindo-se à jurisprudência tedesca, "a natureza das coisas desempenha um papel especial na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. É, por um lado, de todo em todo, o critério mais importante para saber se pode ter subsistência uma diferenciação aceite face ao espírito da igualdade (...). Por outro lado, serve também ao tribunal para o preenchimento de 'lacunas' da lei constitucional (...) quando

Como ensina Fernando Facury SCAFF (2001, p. 192), só é cabível exceção ao Princípio da Igualdade, sem que este seja ferido, se forem preenchidos os seguintes requisitos, a saber: a) o correto estabelecimento do critério discriminatório; b) correlação lógica entre o critério discriminador escolhido e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e c) conformidade do discrímen com o ordenamento jurídico posto. Dentro dessa linha de raciocínio, as especificidades na apuração da responsabilidade civil de tabeliães e registradores não-oficializados terão de satisfazer tais premissas.

Procuraremos demonstrar, a seguir, que – mesmo considerando que o Estado não deve responder diretamente por atos praticados em cartórios não-oficializados – pela *natureza mesma* das atividades notariais e registrais desempenhadas nas serventias extrajudiciais (oficializadas ou não), a responsabilidade daí decorrente deverá ser baseada em critérios subjetivos.

De lege ferenda, entendemos oportuna a edição de norma que explicite, de forma clara, que a responsabilidade de notários e registradores deve ser fundada na noção de culpa em sentido lato, admitindo-se a inversão do ônus da prova em favor da vítima, para que caiba ao cartório o dever de comprovar que não houve falha no serviço, ou seja, que o serviço normalmente organizado foi prestado de forma correta e não lhe era possível, nem razoavelmente exigível, impedir o evento danoso.

De lege lata, em face da ambigüidade normativa, releva considerar que já há doutrinadores que, mesmo entendendo descaber responsabilidade estatal direta em face dos atos notariais e de registro (uma vez que os agentes delegados agem em sua própria conta e risco), sustentam que a responsabilidade de notários e registradores não-oficializados deve ser aferida pelo método subjetivo da comprovação de dolo ou culpa.[97]

as deduções a partir da natureza das coisas são 'conceptualmente necessárias' e quando 'requerem necessariamente uma determinada solução com exclusão de outras possibilidades de solução materialmente adequadas'".

(97) Dentre tais doutrinadores, podem-se mencionar Ricardo DIP (2002, p. 4, 7 e 8) e Décio Antônio ERPEN (1999a, p. 107). O Professor José Renato NALINI (1997, p. 88-89) parece também admitir, de algum modo, critério subjetivo (por culpa do serviço), muito embora sustente, reproduzindo lição de Hely Lopes MEIRELLES (vide nota de rodapé 77 deste Capítulo 3), *in verbis*: "Dúvida parece não existir (...) a respeito da responsabilidade desvinculada

Vejamos os argumentos que embasam tal entendimento e façamos o exercício de refutar as eventuais objeções que contra os referidos argumentos possam surgir.

Ricardo DIP (2002) chama atenção para o fato de que a responsabilidade objetiva não se coaduna com a atuação registral ou notarial. Demonstrando a total falta de harmonia entre os serviços registrais e as teorias da responsabilidade objetiva, o referido magistrado e filósofo paulista expressa-se por meio de problemas práticos que – caso seja admitida, na espécie, a responsabilidade objetiva – são de difícil superação, *in verbis*: "O fato é que elas [teoria da culpa anônima do serviço e a teoria do risco] se ajaezam com incômodo manifesto na atuação registral. Poder-se-ia, impressivamente, destacar algumas aporias – ou quase isso: a) insta-se a inscrição de um protesto [judicial] contra alienação de bens; nega-o o registrador [imobiliário]; o interessado, alegando que a venda do imóvel objeto do protesto lhe causou dano econômico, reclamará da *falta*, acaso, *da normativa do serviço*; em vão, o registrador sustentará que a Lei de Registros Públicos não prevê (em seu art. 167) a inscrição perseguida; a falha é da normativa, mas como se efetiva *no serviço*, seria ao menos admissível, em tese, a responsabilização objetiva do registrador; b) na mesma situação hipotética, o registrador nega-se a efetuar o registro do aludido protesto; o interessado requer a suscitação de dúvida; o juiz decide, no procedimento [administrativo] em tela, que é caso de registrar-se; feita a inscrição, o legitimado tabular reclama do prejuízo que teve com a publicidade registrária do ato; pouco importa que houve

de culpa dos delegados. Tais agentes, 'quando atuam no exercício da delegação ou a pretexto de exercê-la, e lesam direito alheios, devem responder civil e criminalmente sob as mesmas normas da Administração Pública de que são delegados, ou seja, com responsabilidade objetiva pelo dano (Constituição da República, artigo 37, parágrafo 6°) e por crime funcional, se for o caso (CP, art. 327), pois não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracteriza a sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente'". Com efeito, pode-se depreender das lições de José Renato NALINI (p. 89 e 93) que, *in verbis*, "trata-se, na verdade, de uma *responsabilidade por culpa do serviço*, não de uma *responsabilidade objetiva*. (...) Em tese, o notário ou registrador *sempre terão responsabilidade que independe de culpa pessoal, mas pela culpa na má execução do serviço, aproximada à responsabilidade objetiva*".

decisão judiciária – não-jurisdicional (*nota bene!*); é de todo viável que o registrador se responsabilize *objetivamente* pela falta do serviço; c) apresenta-se uma certidão notarial aparentemente hígida; nada sugere – *ex hypothese* – sua falsidade; mas era falsa; registrada que seja, e salva a concorrência de uma causa de exclusão do ilícito (ex.: dolo do beneficiado), cabe a responsabilização *sem culpa* do registrador etc. Será que a ideologia vai a ponto de sustentar *objetivamente justas* essas hipotéticas responsabilizações? Remanesce a sempre adequada possibilidade de que o registrador se responsabilize *subjetivamente*, com o suposto de dolo ou culpa – pela falta, deficiência ou intempestividade na execução do serviço registrário (...)".[98]

Acresce que – nada obstante o art. 22 da Lei 8.935/1994 sugerir o critério objetivo de responsabilidade de notários e registradores (tendo supostamente revogado o art. 28 da Lei 6.015/1973) – a Lei 9.492/1997, por seu art. 38, estabelece, expressamente, a responsabilidade subjetiva dos tabeliães de protesto.

Os adeptos da corrente objetiva ponderariam, a esse respeito, que a regra geral da responsabilidade objetiva de notários e registradores subsiste. Com efeito, tal dispositivo (art. 38 da Lei 9.492/1997), muito embora posterior e de mesma hierarquia que o art. 22 da Lei 8.935/1994, não seria hábil para indicar o critério geral a ser utilizado para os demais tabeliães e registradores, uma vez que a lei específica (Lei 9.492/1997) só estaria a disciplinar matéria afeta aos tabeliães de protesto, pelo que apenas revogaria a lei geral (Lei 8.935/1994) no que toca a responsabilidade dos tabeliães de protesto.

Nessa linha de raciocínio da utilização do critério da especialidade para a solução de antinomias jurídicas (pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial – ou excepcional –, prevalece a segunda), a lei especial não revoga a lei geral do mesmo modo que a lei geral também não revoga a lei especial. Como se sabe, o art. 157 da Lei

(98) Cumpre salientar que Ricardo DIP (2002) não admite a aplicação pura da teoria da responsabilidade pela falta do serviço. Com efeito, em certas ocasiões, o prejuízo aos usuários dos serviços notariais e de registro decorre diretamente de aplicação, por parte do tabelião ou registrador, de dispositivo normativo (expedido pelo legislador, pelo corregedor etc.). Nestas circunstâncias, notários e registradores não podem ser obrigados a ressarcir pela "falha do sistema".

6.015/1973 é claro ao definir a responsabilidade subjetiva dos registradores de títulos e documentos, pelo que a Lei geral 8.935/1994, por seu art. 22, não pode ter revogado aquele dispositivo normativo.

Ademais, a responsabilidade civil especificamente de tabeliães sempre foi apurada mediante a comprovação de culpa ou dolo (vide o § 2º do Título LXXX do Livro I das Ordenações Filipinas de 1603, mencionado no início deste ponto 3.4). Nesse diapasão, mostra-se oportuna a referência feita, por Carlos MAXIMILIANO (2002, p. 203), à preciosa máxima que impõe o respeito à pacífica exegese, qual seja: *minime sunt mutanda, quoe interpretationem certam semper habuerunt* ("altere-se o menos possível o que sempre foi entendido do mesmo modo").

Notamos, então, que, pelo menos para duas categorias do gênero de agentes "notários e registradores", a legislação hoje vigente é clara em determinar a aferição da responsabilidade por meio de critério subjetivo (para os registradores de títulos e documentos e para os tabeliães de protesto). Indaga-se: haveria algum traço distintivo nos afazeres específicos de tais atribuições que justificasse um tratamento diferenciado na apuração da responsabilidade? Muito embora tenhamos observado que os tabeliães de protesto se assemelham aos registradores de títulos (vide nota de rodapé 6 da *Apresentação*), entendemos que não haja por que diferenciar, para efeitos de apuração da responsabilidade, as espécies do gênero dos prestadores de serviços notariais e de registro. Afinal, todas as atribuições, de uma forma geral, constituem serviços de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (Lei 8.935/1994, art. 1º).

Faz-se necessário investigar, também, se a opção do legislador ordinário em fixar o critério subjetivo para agentes delegados de serviço público não configuraria inconstitucionalidade patente por ofensa ao princípio da isonomia, em face do que dispõe o § 6º do art. 37 da Lei Maior. Para essa questão, como já pudemos sustentar, entendemos que, no caso específico dos agentes notariais e de registro, a baliza constitucional, a respeito da responsabilidade civil, encontra-se deslocada para o § 1º deste mencionado art. 236, e não propriamente fundada no § 6º do art. 37.[99]

[99] Como assinala Ricardo DIP (2002, p. 4), "se a *ultima ratio* da afirmada responsabilidade objetiva dos registradores e notários era a norma inscrita no § 6º, art. 37, da CF/1988 [em que delegados prestadores de serviços públicos

Um outro ponto a ser destacado é o fato de que o art. 22 da Lei 8.935/1994 comporta interpretação tendente a privilegiar o critério subjetivo para a averiguação da responsabilidade de notários e registradores. Para Rui STOCO (2001, p. 443-444), da exegese do mencionado art. 22 não se infere a adoção do princípio da responsabilidade objetiva de notários e registradores, concluindo, *in verbis*: "Ademais, de todos os argumentos acima expendidos, convém não esquecer que um texto de lei ordinária não pode ser interpretado pelo que nele não se contém, se dessa exegese decorre situação gravosa. (...) Do que se conclui que o citado art. 22 da lei em comento harmoniza-se com a Carta Magna que a precede e, portanto, como não poderia deixar de ser, acolheu, à sua imagem a teoria da responsabilidade subjetiva ou com culpa dos agentes da Administração Pública quando, nessa qualidade, causarem danos a terceiros".[100]

respondem objetivamente], não era possível admitir exceção infraconstitucional que beneficiasse os tabeliães de protestos." Instalar-se-ia, diante dessa reflexão de Ricardo Dip, o debate a respeito da constitucionalidade do art. 38 da Lei 9.492/1997. Afinal, repise-se, caso o legislador ordinário discrimine, sem razoável fundamento, a responsabilidade dos tabeliães de protesto da dos demais notários e registradores, atentará contra a isonomia. Entendemos que o referido art. 38 da Lei 9.492/1997 é sim constitucional.

(100) Rui STOCO (1995 e 2001) sustenta a presunção constitucionalidade do art. 22 da Lei 8.935/1994 por meio da técnica de interpretação conforme, uma vez que, por sua polissemia, a lei não declara, ostensivamente, a responsabilidade objetiva, comportando, assim, interpretações tendentes à sobrevivência de tal norma no ordenamento jurídico. O autor parte da premissa de que a Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, estabelece que a ação de regresso contra qualquer agente público (dentre os quais se encontram notários e registradores) deve, necessariamente, diligenciar na comprovação da culpa ou do dolo na atuação do agente. Segundo STOCO (1995, p. 51), *in verbis*: "Ora, mostra-se impossível a responsabilidade objetiva do Estado e do agente a um só tempo, posto que responsabilizado um, não se pode exigir a indenização do outro, sob o mesmo fundamento jurídico (obrigação objetiva, sem perquirição de culpa). E, como é cediço, inexiste a chamada 'obrigação regressiva indireta', que permita ao preposto exercer esse direito regressivo contra o Poder Público, excrescência tão ilógica quanto injurídica. (...) Não se olvide, ainda, que a responsabilidade objetiva do Estado decorre da teoria do risco administrativo. E 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 pode fazer aquilo que a lei permite, sem qualquer margem de discricionariedade. Isso quer dizer que seus atos, sendo regrados, só por abuso,

Ricardo DIP (2002), por seu turno, assevera, que o art. 22 da Lei 8.935/1994 não conflita com a teoria da responsabilidade subjetiva de notários e registradores, uma vez que expressa tão-somente a vontade legislativa em responsabilizar *diretamente* o titular da serventia extrajudicial não-oficializada (sem cabimento de responsabilidade solidária do Estado, salvo a subsidiária no caso de insolvência do tabelião ou registrador).

Décio Antônio ERPEN (1999) é outro eminente doutrinador que, embora defenda a responsabilidade direta e exclusiva de notários e registradores (com a responsabilidade apenas subsidiária do Estado nas hipóteses de insolvência), sustenta o critério subjetivo de responsabilidade desses agentes prestadores de serviço público. Vejamos suas razões.

Para ERPEN (1999b, p. 3-6), o § 6º do art. 37 da CF não se aplica a notários e registradores porque as atividades por si desempenhadas não constituem serviço público de ordem material da Administração Direta ou Indireta, mas se trata de atividade pública atípica, com regramento próprio, balizado pelo art. 236 do Texto Constitucional, cujo § 1º remeteu à lei ordinária a regulação da disciplina da responsabilidade civil.

A responsabilidade de notários e registradores não pode ser objetiva, porquanto, caso estes sejam fiéis ao sistema jurídico (cumprimento da lei e das normas superiores) e mesmo assim da sua atividade advier dano a uma pessoa, à evidência que estarão isentos de sua responsabilização. Neste caso, a responsabilidade (decorrente do sistema) será direta e exclusiva do *Estado-legislador* ou do *Estado-corregedor*. Com efeito, o agente que atua rigorosamente dentro do estrito dever legal não pode ser chamado a responder pelas falhas do sistema que ele não erigiu. Quando um agente assume uma função pública, compromete-se a cumprir a lei e as normas. Se prevalecer a tese da responsabilidade objetiva para as atividades notariais e de registro, chegaríamos a essa extrema incongruência.

Alerta-nos Décio Antônio ERPEN (1999b, p. 4) que se deve analisar, caso a caso, se o prejuízo ao interessado pelos serviços adveio em razão da falha do sistema insculpido nas normas (leis e demais atos normativos) ou do mau desempenho na execução da atividade e da falta de

excesso, desídia, emulação, imprudência ou negligência podem ser diretamente responsabilizados".

cuidados da serventia. Pode-se, assim, admitir a presunção de culpa; mas não um modelo de responsabilidade objetiva que não admite a comprovação, por parte do tabelião ou registrador, de que atuou adequadamente dentro da lei, empregando as cautelas devidas e tecnicamente exigíveis. Como na responsabilidade objetiva não se analisa, para fins de sua incidência, se houve má programação normativa (falha no sistema) ou má execução dos serviços, os notários e registradores seriam, injustamente, responsabilizados pela má programação dos serviços, em cuja elaboração sequer intervieram.[101] ERPEN (1999a, p. 108-109), nos mesmos moldes que Ricardo DIP (2002), faz alusão a certos problemas práticos que ratificam a necessidade de aplicação do critério subjetivo para averiguação da responsabilidade de notários e registradores, *in verbis*: "Sendo organização e funcionamento das Serventias normatizados pelo Poder Delegante, só a má execução dos mesmos serviços é que importa no dever de indenizar. E o mau desempenho pode ocorrer ou por dolo (afronta à norma), ou por culpa, numa das três modalidades [negligência, imprudência e imperícia]. Isto explica a não responsabilidade, na hipótese de ato praticado em cumprimento à decisão de processo de dúvida, em que outrem resta lesado pelo equívoco na decisão. A prevalecer a tese

(101) No que tange à responsabilidade de notários e registradores pelas conseqüências advindas de determinações administrativas ou judiciais, vale dizer que Alejandro Pérez HUALDE (1997, p. 59), analisando a responsabilidade direta do Estado em decorrência da concessão de serviços públicos, apregoa, *in verbis*: "Entendemos que sólo acarrean responsabilidad para el Estado las órdenes que implican modificación del *contenido* de la concesión, o que se apartan de la naturaleza de las obligaciones asumidas, o que se imparten con la oposición y advertencia del concesionario, cuando acompañe indicación de alternativas de cumplimiento de la finalidad sin dichas consecuencias dañosas. Se trata, en todo caso, de responsabilidad del Estado por las consecuencias de sus propios actos, ya sea que fueran lícitos o ilícitos; en plano contractual o extracontractual. El concesionario debe advertir a la Administración sobre las consecuencias posibles de sus órdenes y directivas – cualquiera fuese la naturaleza de ellas – ya que se trata de un concesionario experimentado, calificado para el servicio que presta y (...) el concesionario está obligado a hacer conocer lo que su experiencia indica." Nestes termos, sempre que, em decorrência de uma imposição administrativa ou judicial, o titular verificar pecha de injuridicidade, é recomendável que informe à autoridade para que leve em consideração os argumentos jurídicos indicados para a regularização do ato.

da responsabilidade objetiva, bastaria o dano e a comprovação da relação da causa e efeito, sem se investigar a juridicidade da causa. (...) E não se alegue que aí há desoneração da responsabilidade, porque se cuida de ato de jurisdição. Ela é desonerativa quando a jurisdição advier de ato de soberania, no que não se inclui a jurisdição administrativa, situando esta na faixa de atribuição e não da jurisdição, no estrito termo do vocábulo. Indago: como situar a responsabilidade do registrador se ele cumpriu ato normativo (Provimento da Corregedoria) que veio a causar dano a terceiro? Se ele e um terceiro vierem a ser lesados, invocará este a responsabilidade direta do titular, comprovando a relação de causa e efeito (responsabilidade objetiva); se o Registrador descumprir, será penalizado [sic] disciplinarmente. O iníquo dilema está criado e a heresia jurídica institucionalizada. (...) 'Se se entender que se cuida de responsabilidade objetiva, não seriam os Notários e Registradores os únicos profissionais do País em tais condições, em situação de total desigualdade com todas as profissões e, portanto, inconstitucional por ferir a isonomia, assim consideradas as profissões regulamentadas, prestadores de serviços públicos?' (...) Outrossim, havendo o Notário ou o Registrador optado por orientação lastreada numa corrente doutrinária, mesmo que o órgão fiscalizador (juiz) seja contrário, isso não enseja o dever de indenizar. Nem mesmo constitui falta disciplinar. O profissional público do direito tem autonomia para prover a opção. Como exemplo, trago a averbação da cautelar de Protesto [judicial] contra Alienação de Bens na matrícula, tema que, para alguns, é polêmico. O atingido, no caso, não pode ser aquinhoado com indenização a respeito. Em tais casos, o Registrador se equivale a um profissional liberal".[102]

(102) Vale dizer que até mesmo o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que dispõe sobre a responsabilidade objetiva de fornecedores de produtos e prestadores de serviços como regra nas relações de consumo, estabelece em seu art. 14, § 4º, *in verbis*: "*A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.*" Sobre a dessemelhança entre profissionais liberais e os titulares de serventias extrajudiciais, vide nota de rodapé 86 do Capítulo 2. Conforme demonstraremos, o § 4º do art. 14 do CDC, quando fez menção aos "profissionais liberais", buscou estabelecer critério subjetivo para a apuração da responsabilidade civil das "pessoas físicas", por isso, entendemos que notários e registradores enquadram-se no âmbito normativo deste dispositivo legal.

Acresce que, tratando-se de atos notariais e de registro, não há que se falar em dificuldade na identificação do agente causador do dano, pois é da natureza mesma de tais serviços certificar a data em que se pratica o ato, bem como identificar o agente dotado e dador da fé pública; logo, não há necessidade de utilização da teoria da culpa anônima e não cabe aplicar a teoria da responsabilidade objetiva. Com efeito, pode-se facilmente apurar em que momento e em que serventia foi praticado o ato que implicar prejuízo a um usuário dos serviços. A partir daí, basta verificar quem era o titular responsável pela serventia na época da prática da conduta lesiva, a fim de imputar-lhe a responsabilidade pela má execução do múnus que lhe incumbia.

Regnoberto Marques de MELO JÚNIOR (1998, p. 172-173), muito embora não esclareça a respeito da responsabilidade (direta ou subsidiária) do Estado, destaca seu posicionamento pela responsabilidade subjetiva de notários e registradores, *in verbis*: "A responsabilidade *objetiva*, decorrente da Lei, é incompatível com a 'personalização' da culpabilidade. Em outras palavras, a responsabilidade notarial só nasce havendo a relação de causalidade entre o dano e a ação ou omissão *por ele* (ou representante) *dado causa*. Ora, não pode haver sanção sem ato ou fato normado, nem norma sem fim (finalidade protetiva de determinado bem (valor) jurídico). Se a responsabilidade depende de causa, e a causa depende da prova da ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente, é óbvia a conclusão que só há falar em responder quem desencadeou o prejuízo. Em prejuízo que não há autor, como se responsabilizar? Esse raciocínio encaixar-se-ia ao art. 22, da nossa Lei 8.935/1994. Por que o discrímine de o preposto, porventura causador do gravame que enseja a responsabilidade, responder somente em caso de dolo ou culpa, e o notário, ao contrário, responder, *sic et simpliciter*, objetivamente, pela só condição de deter a titulatura da delegação. Por fim, (...) o notário não é Estado, é agente, e, como tal, não responde objetivamente por danos".

Mesmo diante dos argumentos supramencionados, poderemos, ainda, encontrar adeptos da corrente objetiva verberando que, caso o Estado prestasse diretamente os serviços notariais e de registro, a responsabilidade seria objetiva; logo, a responsabilidade dos agentes delegados deve ser, igualmente, objetiva.

Ousamos discordar de tal assertiva. Inicialmente, cumpre salientar que estamos diante de responsabilidades distintas. Com efeito,

contrariamente aos tabeliães e registradores, pode-se cogitar que, em tese (sem querer entrar no mérito do complexo tema sobre a responsabilidade estatal por atos legislativos), o Estado pode sim ser responsabilizado pelas falhas do sistema normativo que importem em prejuízo para os usuários dos serviços notariais e de registro. Afinal de contas, o Estado é quem determina as normas vigentes e, por tal atividade, responsabiliza-se (quem tem o direito ou o poder tem, por conseqüência, responsabilidade).

Entendemos, ademais, que – abstraída a responsabilidade estatal por ato normativo –, mesmo se fosse o Estado o prestador direto de tais serviços, pela natureza mesma das atividades notariais e de registro (cujos prejuízos aos usuários advêm, normalmente, da inobservância de formalidades legais ou das cautelas devidas, por parte dos agentes prestadores desses serviços), dever-se-ia aplicar a regra da responsabilidade subjetiva por atos omissivos.[103]

Tanto é da natureza das atividades notariais e de registro (dadoras de segurança jurídica) a responsabilidade subjetiva, que o Estado, em situações análogas, em que deve certificar, dar publicidade e segurança jurídica a certos atos (como com relação aos dados contidos em cadastros veiculares nos respectivos Departamentos de Trânsito – DETRAN – que, efetivamente, integram a Administração Pública[104]), sequer é chamado

[103] Sobre o tema da responsabilidade subjetiva por atos omissivos, vide nota de rodapé 44 deste Capítulo 3. Vale dizer que, muito embora dissintamos, não ignoramos a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal (vide nota de rodapé 66 deste mesmo Capítulo), no sentido de que o Estado responde objetivamente pelos atos de notários e registradores.

[104] Muito embora façamos a comparação analógica entre a responsabilidade decorrente de informações registrais e cadastrais, não desconhecemos que, conforme leciona Luís Roberto BARROSO (2003, p. 25-28), a distinção entre registro e cadastro se impõe. Embora muitas vezes se empregue o termo *registro* sem maiores rigores técnicos, o fato é que ele descreve um ato formal ao qual o ordenamento atribui uma série de efeitos específicos. De fato, pelo registro se confere substância jurídica a um fato ou ato, o que pode significar atribuir ou reconhecer direitos, dar-lhes oponibilidade geral, etc. Assim, por exemplo, a propriedade imóvel transfere-se pelo registro. Isso não impede, naturalmente, que as autoridades administrativas organizem bancos de dados ou *cadastros* para facilitar o desempenho de suas atividades. A maior parte dos Municípios do País dispõe de um cadastro das propriedades imóveis localizadas

a responder pelo prejuízo experimentado por cidadãos que se pautam nas informações prestadas pelo DETRAN (que presenta o Estado).

Por exemplo, o Estado não responde pelo prejuízo sofrido por adquirente de veículo furtado, mesmo quando o Detran não lança restrição de compra do automóvel em face do furto ocorrido. Igualmente o Estado não responde por prejuízo experimentado por adquirente de veículo alienado fiduciariamente, cujo gravame não houvera sido anotado no Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo – CRLV, no Departamento de Trânsito competente.[105]

O fato é que não se pode transferir ao Estado a responsabilidade pelo ressarcimento do prejuízo do cidadão, nem se deve conferir ao certificado de registro de veículo o efeito de comprovante absoluto da efetiva e contínua propriedade, bem como da existência ou não de propriedade fiduciária. Há que se provar o nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o prejuízo dos adquirentes dos veículos (furtado, no primeiro caso, e alienado fiduciariamente, no segundo).

Quanto ao veículo furtado, para se tentar responsabilizar o ente estatal, é necessária a comprovação de que o Estado deixou de restringir a sua alienação, mesmo depois de formalmente notificado da ocorrência do extravio (hipótese em que estaria configurada a culpa, na espécie de negligência, pela inoperância do agente de trânsito que não impôs a restrição na alienação). Com relação à anotação da alienação fiduciária, o Supremo Tribunal, por sua súmula 489, entende que o adquirente do veículo é que deve diligenciar a respeito da existência de contrato registrado

em seu território, contendo informações úteis para a cobrança do imposto predial e territorial urbano. Isso não significa, por óbvio, que a inscrição no cadastro atribua o direito de propriedade a quem quer que seja.

(105) Sobre o tema do descabimento da responsabilidade do Estado nas hipóteses de aquisição de carro furtado, vide RE 215.987/SP (Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 14.09.1999 e publicado no *DJ* de 12.11.1999); RE 134.298/SP (Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 04.02.1992 e publicado no *DJ* de 13.03.1992); RE 218.940/SP (Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 05.05.1998 e publicado no *DJ* de 05.06.1998); e RE 64.600/SP (Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, julgado em 18.06.1968 e publicado no *DJ* de 13.09.1968). No que tange à irresponsabilidade do Estado pela aquisição de veículo alienado fiduciariamente, vide RE 159.925/SP (Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 08.06.1999 e publicado no *DJ* de 24.09.1999).

no competente Cartório de Registro de Títulos e Documentos. Caso o adquirente experimente prejuízo, a responsabilidade, nestes casos, deve ser do vendedor que oculta estar o veículo dado em garantia de contrato de alienação fiduciária.

De qualquer forma, caso seja admitida a responsabilidade do Estado em decorrência da não-anotação do gravame no CRLV, será necessário que se prove que o DETRAN havia sido regularmente informado da existência da alienação fiduciária em garantia e, mesmo assim, não anotou o gravame. Mais uma vez, o Estado só será responsabilizado, caso haja prova de dolo ou culpa do agente do DETRAN. Isso é da natureza mesma da responsabilidade decorrente da prestação de tais serviços que são decorrentes e caracterizados por informações cadastrais dadoras de publicidade e segurança jurídica.

Valendo-nos da conclusão ora expendida e usando o argumento *per analogiam*,[106] podemos concluir que, nas hipóteses de prejuízos decorrentes de atos notariais e de registro, valerá a regra da responsabilização por atos omissivos na prestação de serviços públicos, em que o método de aferição do dever de ressarcir é, via de regra, o subjetivo. O notário e o registrador só devem ser responsabilizados caso seja provada a culpa ou dolo, na atividade de sua serventia. Admitimos, contudo, por imperativo de eqüidade e prestigiando a facilitação da recomposição do prejuízo sofrido, a inversão do ônus da prova em benefício da vítima, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for a vítima hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Vejamos, em breves linhas, as principais hipóteses de responsabilidade de notários e registradores, para confirmarmos a premissa de que, normalmente, o dever de ressarcimento decorre de ato ilícito constituído pela inobservância de formalidades legais ou pela violação do dever de cautela (na espécie de negligência). José Renato NALINI (1991, p. 23-24) elenca um rol de infrações dos deveres notariais indicados em leis especiais e na jurisprudência iterativa de nossos tribunais, a saber:

(106) Sobre o procedimento argumentativo dogmático e o elenco das principais formas de argumentações jurídicas, vide Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR (1994, p. 330-343).

a) Artigo 15 da Lei 5.709/1971: "A aquisição de imóvel rural, que viole as prescrições desta lei, é nula de pleno direito. O tabelião que lavrar a escritura e o oficial de registro que a transcrever responderão civilmente pelos danos que causarem aos contratantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal por prevaricação ou falsidade ideológica (...)." O artigo 19 do Decreto 74.695/1974 é de teor idêntico;

b) Artigo 8º, § 3º, da Lei 5.868/1972 (com redação dada pela Lei 10.267, de 28 de agosto de 2001): "São considerados nulos e de nenhum efeito quaisquer atos que infrinjam o disposto neste artigo [vedação de divisão ou desmembramento de imóveis rurais em área de tamanho inferior à do módulo estabelecido em lei] não podendo os serviços notariais lavrar escrituras dessas áreas, nem ser tais atos registrados nos Registros de Imóveis, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e criminal de seus titulares ou prepostos";

c) Artigo 1.634 do Código Civil de 1916:[107] "O oficial público, especificando cada uma dessas formalidades, portará por fé, no testamento, haverem sido todas observadas. Parágrafo único: Se faltar, ou não se mencionar alguma delas, será nulo o testamento, respondendo o oficial público civil e criminalmente";

d) Reconhecimento de firma falsa;

e) Responsabilidade do tabelião pelo não-recolhimento de selo em papéis passados nas notas da serventia;

f) Responsabilidade do tabelião pela lavratura de procuração invalidada por falsidade quanto à pessoa do outorgante;

g) Responsabilidade decorrente de atos dos prepostos (por culpa *in vigilando* ou culpa *in eligendo*);[108] e

(107) Tal dispositivo não está contido no novo Código Civil (Lei 10.406/2002). Comparem-se os arts. 1.632 a 1.637 da Lei 3071, de 1º de janeiro de 1916, com os arts. 1.864 a 1.867 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Entendemos, contudo, que tal silêncio do legislador de 2002 não se trata de silêncio eloqüente, pelo que não restou o tabelião exonerado de sua responsabilidade pela nulidade do testamento público decorrente da inobservância das formalidades legais.

(108) Já esclarecemos que a responsabilidade indireta pelo fato de outrem funda-se no teoria objetiva da garantia, conforme explicita o art. 932 do novo Código Civil.

h) outros casos cabíveis, mas não mencionados na jurisprudência: danos emergentes de sua negativa a prestar serviço, quando infundada; falta de imparcialidade; falhas no assessoramento funcional; violação do segredo funcional; omissão de comunicar a existência de testamentos; vícios extrínsecos ou de forma, que possam provocar nulidades ou anulabilidades.

Quanto à polêmica da aplicação da teoria subjetiva para os atos omissivos, não se desconhece a objeção de Aparecida VENDRAMEL (2000, p. 118), no sentido de que, *in verbis*, "negar ao administrado o direito de responsabilizar objetivamente o Estado pelos prejuízos suportados em razão de sua omissão é negar-se o objetivo primordial do Direito, a realização da justiça; é afrontar os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Permitir que o particular lesado pela omissão ilícita do Estado, percorra os mais difíceis caminhos processuais, na tentativa de provar a culpa ou dolo do agente público, é afrontar o princípio da igualdade, cânone do Estado de Direito, pois a igualdade perante a lei submete o Estado à regra jurídica do § 6º do artigo 37. E assim deve ser, pois, ante o princípio da supremacia e da unidade da Constituição, não há mais como fundamentar a responsabilidade estatal, ora na culpa, ora no risco. A responsabilidade do Estado erige-se como norma garantia do Estado Democrático de Direito e, quanto mais não fosse, adverte Pinto Coelho, 'é de um valor e de uma importância prática de primeiro plano, sendo talvez a falta de aplicação destes princípios uma das causas que mais preponderantemente concorrem para o estado menos próspero de alguns países'" (apud, José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, v.2, 4. ed., Rio de Janeiro, p. 631).

Contudo, a inconsistência jurídica dos argumentos de Aparecida Vendramel é, devidamente, apontada e superada por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2001, p. 821), quando leciona que descabe responsabilizar o Estado se, nada obstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe era possível nem razoavelmente exigível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia, *in verbis*: "Ademais, solução diversa conduziria a absurdos. É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma

enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre argüir que o 'serviço não funcionou'. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundo de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando acúmulo da água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública".

Subsistem, de todo modo, argumentos a favor da teoria objetiva. Para NALINI (1997, p. 67), por exemplo, quanto maior a importância da atividade profissional, da autonomia e das atribuições a si conferidas, tanto maior deve ser a severidade no regime da responsabilidade, uma vez que a falta praticada por um cartorário não se limita a causar dano pessoal ao utente do serviço; a repercussão social da falta cometida repercutirá com o desprestígio de todo o serviço delegado.

Entendemos correta e consistente a alegação do Professor Nalini, todavia, a pré-falada importância dos serviços e a autonomia constitucionalmente adquirida por notários e registradores justificam, antes, a sua responsabilidade direta e exclusiva, afastando-se a responsabilidade do Estado; mas não implica a responsabilização objetiva pelo prejuízo sofrido por um usuário de tais serviços. Já demonstramos que os danos surgem, normalmente, de atos omissivos (inobservância de formalidades legais e violação do dever de cautela), os quais oportunizam a aplicação de critério subjetivo na averiguação da responsabilidade.

A propósito, na dicção do próprio Professor NALINI (1997, p. 72), *in verbis*: "A responsabilidade objetiva se baseia no princípio *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". No caso dos emolumentos cartorários, pôde-se

assinalar que, em face do princípio da anterioridade, seu reajuste ou revisão ocorre tão-somente uma vez por ano, contrariamente à imediata recomposição do valor de tarifas (preços públicos) que remuneram grande parte dos delegados (concessionários e permissionários) prestadores de serviços públicos.

A diferença entre o regime dos emolumentos (que obedece aos princípios da reserva legal e da anterioridade) e o das tarifas (em que vigora a possibilidade contínua de reajuste e revisão para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão) justifica a exacerbação da responsabilidade dos delegados remunerados por tarifa e a diminuição dos riscos assumidos por um delegado de serviço notarial ou de registro. Conforme já havíamos antecipado, na nota de rodapé 48 do Capítulo 2, segundo lição de AZEVEDO e ALENCAR (1998, p. 40), a responsabilidade de um prestador de serviços públicos está intimamente vinculada à possibilidade de revisão da "verba que remunera as atividades desempenhadas". Entendemos, pois, que, à proporção que diminui a possibilidade de revisão dos emolumentos, diminuem os riscos que devem ser suportados pelos notários e registradores, aplicando-se-lhes o critério subjetivo para a aferição da responsabilidade.

Advertimos que, por notários e registradores constituírem categorias profissionais incluídas dentro de um regime jurídico específico, indivisível, aplicável tanto a uns quanto a outros, não vemos por que diferenciar o critério de responsabilização de tabeliães de protestos e registradores de títulos e documentos do critério aplicável às demais especialidades. Assim, sustentamos, fundamentalmente, que a responsabilidade subjetiva decorre da natureza mesma da essência da atividade desempenhada por notários e registradores. Estamos cientes de que não é o regime de remuneração que define a natureza jurídica dos serviços notariais e de registro, mas entendemos importante a referência de que a lentidão no reajuste e revisão das tabelas de emolumentos configura mais um motivo para a redução dos riscos proibidos a tais atividades.

No direito argentino, por exemplo, os *escribanos* (notários) respondem subjetivamente e o Estado Argentino não é chamado a responder diretamente pelas ilicitudes (contratuais ou delituais) de tais profissionais. Segundo leciona Carlos Alberto GHERSI (1995, p. 39), o notário argentino está sujeito ao regime comum de responsabilidade, portanto,

para que resulte obrigado a reparar o prejuízo causado deve-se verificar a existência dos seguintes elementos: a) ação ou omissão do notário; b) antijuridicidade; c) imputabilidade; d) culpabilidade; e) dano, e f) nexo de causalidade entre a conduta do notário e o dano produzido. Acrescenta Alberto José BUERES (1984, p. 135-141) que o notário não é um "dependiente funcional" do Estado, pois, a despeito de ingressar na função por delegação do Poder Público, "el escribano actúa con absoluta independencia tanto en el aspecto intelectual cuanto en el aspecto fatual (o fáctico)". Assim, a autonomia de atuação que possuem os referidos profissionais justifica o afastamento da responsabilidade estatal pelos atos dos *escribanos* na Argentina.

Em atenção à completude argumentativa, é necessário, ainda, que se aprecie a responsabilidade de notários e registradores em face das normas do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil, os quais estabelecem regras tendentes à responsabilização objetiva de prestadores de serviços.

No ponto 2.3 do presente trabalho, quando tratamos da natureza dos emolumentos cartorários, já tivemos a oportunidade de analisar se o vínculo jurídico entre o titular da serventia extrajudicial não-oficializada e o interessado (usuário) configura, ou não, relação de consumo. Expusemos nosso entendimento de que, sim, pode-se dizer que a prática dos serviços notariais e de registro implica relação de consumo.[109]

Em sentido contrário ao nosso posicionamento, Décio Antônio ERPEN (1999b, p. 6-7) sustenta que a prestação de serviços notariais e de registro não deve ser enquadrada dentro das relações de consumo. Segundo este autor, por mais que se possa falar em autonomia administrativa dos titulares das serventias, essa prerrogativa não permite que seja modificada a conduta padronizada pelo sistema normativo para atender eventuais interesses do usuário. Ademais, os emolumentos são estabelecidos em lei e dela não pode o profissional se afastar, nem para mais nem para menos, sob pena de estar promovendo falta de ética. Discordamos, neste aspecto, de Décio Antônio Erpen.

Queremos crer que as autonomias administrativa e financeira de notários e registradores oportunizam, sim, o incremento na qualidade

(109) Vide nota de rodapé 53 do Capítulo 2.

do serviço prestado, bem como a contratação diferenciada de prepostos mais bem qualificados. Muito embora as formalidades legais a serem obedecidas na prática do ato notarial ou registral sejam padronizadas nacionalmente (afinal, compete à União legislar sobre registros públicos), é possível cogitar que as especificidades da administração levada a efeito por diferentes titulares de serventias impliquem um atendimento diferenciado para os interesses dos usuários de tais serviços. Quanto à fixação ou tabelamento dos emolumentos por lei, entendemos que, havendo a remuneração e sendo o serviço público prestado *uti singuli*, a forma de estabelecimento da contraprestação pela atividade servida (se por taxa ou tarifa) não tem o condão de desnaturar a relação consumeirista.

Considerando a existência de relação de consumo na prática de atos das serventias extrajudiciais, indaga-se: a responsabilidade dos prestadores de serviços notariais e de registro, em face do disposto nos arts. 3º, § 2º, 14 e 22 do CDC,[110] não deveria ser apurada por critério objetivo da teoria do risco?

Para Roberto Senise LISBOA (2001, p. 192), "a responsabilidade dos notários e registradores, bem como a do Estado delegante do serviço, é objetiva, a teor do que preconizam os arts. 14, *caput*, e 22, *caput*, do CDC. Possibilita-se ao tabelionato a propositura de ação regressiva em face do seu respectivo preposto".[111]

[110] Vide notas de rodapé 52 e 54 do Capítulo 2. Dispõe o art. 14 da Lei 8.078/1990, *in verbis*: "Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."

[111] Roberto Senise LISBOA (2001, p. 191-192) é adepto da corrente doutrinária que admite a responsabilidade civil do Estado por ato praticado por agentes

Não compartilhamos do entendimento de Roberto Senise Lisboa, uma vez que, como já expusemos, por imperativo de razoabilidade, a responsabilidade advinda de atos omissivos deve ser apurada com base na culpa. Ademais, o próprio Código de Defesa do Consumidor (no § 4º do art. 14), tal como assinalado na nota de rodapé 102 deste Capítulo 3, contempla exceção à regra do critério objetivo, nas hipóteses de "responsabilidade pessoal dos profissionais liberais". Tal dispositivo sugere que a responsabilidade objetiva recai sobre as pessoas jurídicas, ao passo que as pessoas físicas respondem subjetivamente.[112]

de cartórios não-oficializados e, fazendo uma análise da responsabilidade baseada no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), o doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo sustenta que tal responsabilidade, desde que o serviço prestado pelo Estado (direta ou indiretamente) seja remunerado, tem fundamento nos arts. 3º, § 2º, e 22 do referido Estatuto Legal. LISBOA (2001, p. 192) relata que a Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo e a Fundação PROCON, que é órgão de defesa do consumidor, celebraram, em 22.12.1997, termo de cooperação que estabelece meios para o acolhimento e o encaminhamento de reclamações referentes aos serviços notariais e de registros. Esse termo foi também subscrito pelo então titular da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.

(112) Roberto Senise LISBOA (2001, p. 204) leciona que há hipóteses em que até mesmo o profissional liberal responde objetivamente. Nos termos dos arts. 20 a 22 da Lei 8.078/1990, o fornecedor de serviços, seja ele profissional liberal ou não, responde objetivamente pelos danos puramente econômicos sofridos pelo consumidor quando a atividade se demonstrar inadequada para o fim que razoavelmente dela se espera. Diz o autor, *in verbis* (p. 204): "Como a responsabilidade subjetiva [no microssistema das relações de consumo] é exceção à regra da objetivação determinada pela legislação em apreço, somente se admite a responsabilidade mediante culpa do fornecedor de serviços qualificado como profissional liberal quando houver a ofensa a algum direito extrapatrimonial do consumidor. É o caso do art. 14, § 4º, da Lei 8.078/1990, que estabelece que o profissional liberal responderá mediante culpa. Essa ressalva à objetivação da responsabilidade, contudo, encontra-se na seção II do capítulo IV [que trata da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos], intitulada 'da responsabilidade pelo fato do produto e serviço' [oriunda de um acidente de consumo, ou seja, de um evento danoso aos direitos personalíssimos do consumidor (dentre eles, em especial, a vida, a saúde e a segurança)]. E já que essa seção se fundamenta na ofensa a algum direito moral puro ou de direito extrapatrimonial cumulado com direito patrimonial, não há que se cogitar de responsabilidade subjetiva

Nesse diapasão, oportuna é a lição de Ricardo DIP (2002, p. 7) no sentido de que, *in verbis*: "o registrador é uma *pessoa física privada*, um profissional do direito, um jurisprudente que, em nome próprio, exercita o serviço registrário, mediante prévio concurso público, delegado pelo Poder Político", tem-se de concluir que a esse registrador não se aplica norma cuja *parte subjecti* se refere a *pessoas jurídicas* (como é o caso do *caput* do art. 14 do CDC). Aplica-se a notários e registradores, portanto, o dispositivo normativo contido no § 4º do mesmo art. 14 que regula a responsabilidade civil subjetiva das "pessoas físicas". Cumpre salientar, novamente, que, muito embora defendamos o afastamento da responsabilidade objetiva, somos adeptos à aplicação do princípio da inversão do ônus da prova, para a facilitação da defesa do consumidor.[113] Assim, incumbe ao notário ou registrador

do profissional liberal fornecedor de serviços por simples dano econômico." Neste particular, divergimos de Roberto Senise Lisboa e acompanhamos, em parte, o entendimento de Regina Helena COSTA (1997, p. 103) que, ao comparar os sistemas de responsabilidade pelo fato (ou segurança) do serviço (CDC, art. 14) com o pelo vício do serviço (arts. 20 a 22), conclui, *in verbis*: "No que respeita à eficiência e adequação do serviço prestado, trata-se, em verdade, de responsabilidade subjetiva, explicitação da responsabilidade por *culpa do serviço [faute du service]*, já mencionada. O próprio CDC, ao prever a responsabilidade do fornecedor de serviços por vício a eles inerentes, sujeita-a à (...) culpa presumida, à vista da inversão do ônus da prova (art. 6º, inc. VIII). Quanto à segurança do serviço prestado, o regime é de responsabilidade objetiva, face à expressa dicção do art. 14 do CDC." Dispõe o art. 20 do CDC, *in verbis*: "Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I – a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III – o abatimento proporcional do preço. § 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor. § 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam às normas regulamentares de prestabilidade."

(113) O inciso VIII do art. 6º do CDC dispõe, *in verbis*: "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive

provar, em juízo, que não laborou em equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de sua atividade.

Resta-nos, ainda, enfrentar o critério de apuração da responsabilidade de notários e registradores à luz do disposto no parágrafo único do art. 927 da Lei 10.406/2002. O novo Código Civil – nada obstante tenha, em grande parte, repetido *ipsis litteris* vários dispositivos do Código anterior (corrigindo a redação de tantos outros[114]) – quanto à matéria da responsabilidade, melhorou sua sistematização, dedicando ao tema título especial e autônomo. Trouxe, ademais, no primeiro artigo do Capítulo I (Da Obrigação de Indenizar) do Título IX (Da Responsabilidade Civil) do Livro I (Do Direito das Obrigações) da Parte Especial, o seguinte dispositivo, *in verbis*:

"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. *Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*"

Conforme ressalta Miguel Reale, na "Exposição de Motivos do supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do novo Código Civil" (vide alínea *p* do item 22), foi dado novo enfoque à matéria da responsabilidade civil, "não só pela amplitude dispensada ao conceito dano, para abranger o *dano moral*, mas também por se procurar situar, com o devido equilíbrio, o problema da *responsabilidade objetiva*".

Diante de tal inovação legislativa, é de se indagar: com o advento do novo Código Civil, a responsabilidade de notários e registradores deve ser apurada pelo critério objetivo do risco?

com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (...)."

(114) O Professor Miguel Reale, na sua "Exposição de Motivos do novo Código Civil", alínea *n* do item 17, assevera que, no que tange aos atos ilícitos, "foi atualizada, de maneira geral, a terminologia do Código vigente, a começar pelo superamento da obsoleta sinonímia entre 'juridicidade' e 'licitude', por ser pacífico, na atual Teoria Geral do Direito, sobretudo a partir de HANS KELSEN, a tese de que não podem deixar de ser considerados 'jurídicos' os atos que, embora ilícitos, produzem efeitos jurídicos".

Nota-se que o dispositivo contido no parágrafo único do mencionado art. 927 abriu a possibilidade de se reconhecer a responsabilidade civil sem a apuração da culpa em duas situações distintas: a) nos casos especificados em lei; e b) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No caso de notários e registradores, verificamos que as leis que regem a matéria não tratam especificamente da responsabilidade objetiva, tanto é que o art. 157 da Lei 6.015/1973 e o art. 38 da Lei 9.492/1997 referem-se, respectivamente, às responsabilidades de registradores de títulos e documentos e a de tabeliães de protesto, ambas fundadas na comprovação da culpa ou dolo do agente causador do prejuízo. Resta, então, perquirir se a segunda hipótese de responsabilidade objetiva, fundada no risco e prevista na parte final do parágrafo único do mencionado art. 927, alcança a atividade de notários e registradores.

De início, releva mencionar que o legislador brasileiro do novo Código, ao estabelecer regra de responsabilidade objetiva, no âmbito do direito civil, deixou de explicitar, mesmo que de forma genérica, que tipos de danos (se só os específicos e anormais), decorrentes de "atividade normalmente desenvolvida que implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem", é que serão indenizáveis. E mais, não definiu se a atividade causadora de riscos deve importar perigo excepcional ou basta o risco genérico a que qualquer atividade humana está susceptível. Pode-se inferir, desde logo, que a abertura estabelecida no programa normativo do mencionado dispositivo legal agravou a situação do intérprete, que deverá estabelecer os delineamentos mínimos do novo instituto.[115]

[115] Para CANOTILHO (1974, p. 83-85), a responsabilidade por risco só deve ser excepcionalmente reconhecida no direito civil. Ademais, observa o jurista português que, para quem defende a identidade do fundamento da responsabilidade por risco nas pessoas públicas e privadas, esta responsabilidade não poderá, obviamente, assentar num princípio exclusivamente publicístico, como é o da igualdade perante os encargos públicos. Pelo contrário: só um princípio jurídico material diverso do princípio da igualdade justificará validamente que o Estado repare os danos acidentalmente emergentes de certos atos ou operações administrativas. Esse princípio jurídico material diverso só pode ser o invocado como fundamento da noção privatística de responsabilidade por

A doutrina majoritária[116] menciona a necessidade da demonstração de anormalidade e especialidade do dano decorrente de condutas lícitas para a configuração da responsabilidade objetiva. Vale ressaltar que até mesmo o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), ao generalizar a responsabilidade objetiva nas relações de consumo, fez menção ao descabimento de responsabilidade nas hipóteses de riscos normais e previsíveis.[117]

Nem bem o novo Código Civil entrou em vigor (aos 11 de janeiro de 2003) e já vem sendo alvo de críticas com relação à forma como normatizou as hipóteses de responsabilidade objetiva. Otávio Augusto N. de MELO FRANCO (2003) desfere sérias objeções à vagueza e imprecisão da parte final do parágrafo único do art. 927 da nova lei e sustenta que este "não traz ampla e verdadeira inovação quanto às relações jurídicas que suas genéricas expressões gráficas sugerem disciplinar. Não pelo menos enquanto mantiverem-se demasiado vagos e imprecisos os elementos normativos que a constituem." Segundo o autor, as atividades que normalmente potencializariam riscos a outrem já se encontram subordinadas a regramento específico, à mercê da particular natureza dessas atividades.[118] Destarte, ao intérprete cumprirá determinar desde

risco: a compensação entre as vantagens e as perdas derivadas de exercício de determinadas atividades.

(116) Sobre a natureza do dano ensejador de responsabilidade objetiva (que deve ser especial e anormal), vide nota de rodapé 15 deste Capítulo 3 e cf. BAZHUNI (1998, p. 14-19) e CAHALI (1996, p. 78).

(117) A respeito da natureza do dano e da excepcionalidade do risco, podem ser mencionados os seguintes dispositivos do CDC, *in verbis*: Art. 8º, *caput*: "Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, *exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição*, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito"; Art. 9º: "O fornecedor de produtos e serviços *potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança* deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito de sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto"; e Art. 10: "O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber *apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança*". (g.n.)

(118) Otávio Augusto de MELO FRANCO (2003) menciona, como exemplos de responsabilização objetiva, os seguintes casos: a) atividades relativas às

o significado da genérica expressão "atividade de risco" até o exato teor do advérbio "normalmente", com as devidas cautelas para que não incorra em ilegalidades ou inconstitucionalidades.

Não se pode negar, contudo, que a tendência hoje é a ampliação das hipóteses de responsabilização independente de demonstração de culpa, tanto é que o Código Civil de 2002 inova ao prever cláusula geral de responsabilidade objetiva. Desse modo, pretende o legislador facilitar a recomposição do patrimônio da vítima. Acreditamos, de qualquer forma, que teria agido com melhor técnica se nosso parlamento tivesse aprovado o texto do parágrafo único do art. 927 tal como fora apresentado em sua redação original, excepcionando a aplicação da responsabilidade diante da comprovação da utilização, por parte do ofensor, de medidas preventivas tecnicamente adequadas, *in verbis*: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, *grande risco* para os direitos de outrem, *salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas*" (g.n.).

Segundo aponta Regina Beatriz Tavares da Silva (In: FIUZA, 2003, p. 818), a emenda parlamentar modificativa, que foi apresentada pelo Dep. Cleverson Teixeira, justificou a alteração do projeto de

relações de consumo (por força da Lei 8.078/1990, arts. 12-14, 18 e 20); b) responsabilidade derivada de contrato de transporte, seja ferroviário, marítimo, aéreo ou terrestre, *ex vi* da Lei 2.681/1912 (responsabilidade nas estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais) e, por analogia, os acidentes em transportes coletivos, da Lei 7.565/1986 (Código Brasileiro do Ar, que fora, inicialmente, promulgado pelo Dec. 483/1938, reeditado pelo DL 32/1966 e modificado pelo DL 234/1967) e 6.194/1974 e 8.441/1992 (seguro obrigatório de acidentes de veículos – DPVAT); c) responsabilidade das pessoas jurídicas (de direito público ou privado) pela prestação de serviços públicos (CF, art. 37, § 6º); d) atividades que lidam com material nuclear (CF, art. 21, XXIII, alíneas *b* e *c*); e) responsabilidade civil em matéria de infortunística, ensejadora de benefícios previdenciários (Lei 5.316/1967, Dec. 61.784/1967, Lei 8.213/1991); f) danos causados ao meio ambiente (Lei 6.938/1981); g) responsabilidade civil indireta (Lei 10.406/2002, arts. 932, 936-938).

lei por meio da teoria do risco criado. A principal crítica realizada à redação original foi a de que o texto, ao mesmo tempo em que acolhia a responsabilidade sem culpa, inseria o critério de culpa no motivo de exclusão de responsabilidade, pelo emprego de medidas tecnicamente adequadas.

Tal objeção expendida pelo Dep. Cleverson Teixeira, com o devido respeito, não deveria ter prosperado. O critério estritamente normativo-causalista de imputação objetiva *ex lege* já havia sido consagrado na parte inicial do referido parágrafo único. Quanto às demais hipóteses, seria prudente que o legislador facilitasse a atuação do intérprete explicitando a necessidade de anormalidade no dano experimentado pela vítima e de excepcionalidade no perigo ocasionado pelo exercício lícito de certas atividades. Ademais, deve-se estimular e recompensar a prevenção dos danos por meio da admissão de contraprova por parte do executor de certas atividades arriscadas, cuja responsabilidade objetiva não esteja disposta explicitamente em lei.[119]

[119] Carlos Roberto GONÇALVES (2002, p. 253) e Paulo Sérgio Gomes ALONSO (2000, p. 71-82) lecionam que, na legislação italiana, o exercício de atividade perigosa encontra-se como fundamento da responsabilidade civil, com inversão do ônus da prova, nestes termos, *in verbis*: "Código Civil italiano, Art. 2.050 (Responsabilità per l'esercizio di attività pericolosa). Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento se non prova di avere adottato tutte le misure idone a evitare il danno." Por seu turno, os Códigos Civis espanhol, português, libanês e outros trazem disposições semelhantes tendentes a exonerar o agente ofensor da responsabilidade, caso prove que adotou todas as medidas idôneas para evitar o dano. Nos mesmos moldes, o Código Civil mexicano dispõe que, *in verbis*: "Art. 1.913. Quando uma pessoa faz uso de mecanismos, instrumentos, aparelhos ou substâncias perigosas por si mesmas, pela velocidade que desenvolvem, por sua natureza explosiva ou inflamável, pela energia da corrente elétrica que conduzam ou por outras causas análogas, está obrigada a responder pelo prejuízo que causar, mesmo que não obre ilicitamente, a não ser que demonstre que esse prejuízo foi produzido por culpa ou negligência inescusável da vítima". O Código Civil português especifica quais são as atividades perigosas que constituem fonte de responsabilidade: art. 500 (responsabilidade do comitente); art. 502 (danos causados por animais); art. 503 (acidentes causados por veículos); art. 506 (colisão de veículos); e art. 509 (danos causados por instalações de energia elétrica ou gás).

A admissão da prova liberatória de responsabilidade, no entanto, deve ser acompanhada da avaliação criteriosa das medidas adotadas pelo agente ofensor. Cumprirá ao julgador verificar se as justificativas são suficientes para excluir, de forma razoável, e dentro do limite da previsão humana, qualquer possibilidade de dano, de forma que, para não ensejar responsabilização, este seja imputado a uma causa alheia que surgiu, de forma imprevisível, às medidas idôneas adotadas para a sua não-ocorrência – identificadas como de força maior, fato de terceiros ou culpa da própria vítima, uma vez que, no âmbito do critério objetivo, em uma causa não identificada, quem prejudica, em regra, assume a responsabilidade.

Quanto aos contornos do sentido e alcance da expressão "atividades que normalmente impliquem risco, por sua natureza", a jurisprudência e a doutrina têm prestado relevante contribuição para determinar o que vem a ser atividade perigosa.[120] CANOTILHO (1974, p. 91) assevera que não seria difícil percorrer a legislação e descobrir que certas *coisas perigosas por natureza* são objeto de regulamentação especial: transporte de matérias perigosas (como gás, produtos químicos e explosivos) e infecciosas, por estrada, caminho de ferro e aéreo; legislação sobre exploração de energia nuclear e transporte de matérias radioativas; o fabrico, comércio e porte de armas e munições; e as medidas a tomar perante coisas tornadas acidentalmente perigosas (edifícios em ruína).

É possível antever uma aplicação progressiva da parte final do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil pela jurisprudência. Para que tal aplicação não exorbite os limites naturais que parecem ser destinados ao dispositivo em comento, mostra-se recomendável que a periculosidade ou o risco sejam entendidos num sentido mais restrito, de

[120] No REsp 185.659/SP (Min. Redator do Acórdão Nilson Naves, julgado em 26.06.2000 e publicado no *DJ* de 18.09.2000), a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, entendeu que responde objetivamente a transportadora de valores, cujo motorista, após ser ferido por arma de fogo, abandonou o veículo (um carro forte) que atropelou pedestre. Reconheceu-se a obrigação da empresa de indenizar a família da vítima, porquanto se considerou que empresa, ao desempenhar atividade de risco, responde objetivamente pelo dano causado.

forma que uma atividade industrial, considerada perigosa, em determinado momento, possa, em seguida, com o aperfeiçoamento das medidas de segurança, superar e perder essa característica. Ademais, deve-se atentar para o fato de que a imputação objetiva da responsabilidade pelo resultado danoso não deve chegar ao extremo de inibir o funcionamento de atividades lícitas e úteis à sociedade.

Retomando o enfoque a respeito da aplicabilidade do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil às atividades notariais e de registro, entendemos que estes serviços não encerram o excepcional perigo contido no programa normativo ensejador da responsabilidade objetiva. Ressalte-se: a prestação de serviços notariais e de registro, por si própria, não constitui atividade perigosa. Não se aplica, assim, na espécie, a norma contida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Ademais, o Código Civil é lei geral que não tem o condão de revogar as normas específicas contidas na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973, arts. 28 e 157) e na Lei de Protestos de Títulos (Lei 9.492/1997, art. 38), que estabelecem, expressamente, a responsabilidade fundada na culpa *lato sensu*, ou seja, a necessidade de participação volitiva (por dolo ou culpa) do notário ou registrador no resultado lesivo.[121] Vale dizer, também, que, caso se impute a notários e registradores responsabilidade objetiva, estar-se-á colocando as atividades desempenhadas por tais profissionais em perigosa faixa de deveres jurídicos e, caso venha a

(121) O Código Civil, na condição de lei geral, não revoga as leis que disciplinam a responsabilidade civil subjetiva decorrente de atividades especificamente normatizadas, não representando qualquer inovação neste particular. Admite-se, por outro lado, que, para as atividades cujo fundamento jurídico da responsabilidade civil era o genérico art. 159 do Código de 1916 (atualmente, expresso no art. 186 do Código de 2002), o disposto na parte final do parágrafo único do art. 927 do novel Estatuto poderá fundamentar uma mudança de critério de apuração da responsabilidade. Ademais, o Código Civil não tem o condão de revogar norma constitucional do jaez do inciso XXVIII do art. 7º, *in verbis*: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, *a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa*". Entendemos que o empregador, no que tange ao acidente de trabalho, mesmo após a vigência do novo Código Civil, continua a responder subjetivamente.

prevalecer este equívoco, poder-se-á inviabilizar a prestação desses relevantes serviços públicos.

Para encerrar o presente trabalho, propomo-nos a enfrentar, em breves linhas, alguns problemas práticos que costumam surgir quando se trata da responsabilidade civil de notários e registradores.

Indaga-se: nos casos de afastamento do titular da serventia (por exemplo, para a assunção de mandato eletivo), os danos decorrentes de atos da serventia – no período em que se encontra, momentaneamente, afastado – continuam sendo imputáveis a este titular?

Décio Antônio ERPEN (1999a, p. 108-109) sustenta que perdura a responsabilidade do titular da serventia, mesmo quando estiver afastado do exercício para assunção de mandato eletivo ou cargo em comissão.[122] Pondera o autor que a *incompatibilidade é com o exercício, e não com a titularidade* (art. 25 da Lei 8.935/1994),[123] cuja substituição é prevista no art. 20, § 5°, da lei antes citada.[124] AGUIAR DIAS (1973,.v.1, p. 344-346), por sua vez, menciona decisão, no antigo Distrito Federal, em que ficou estabelecido que ao tabelião não aproveita o fato de estar licenciado, como suposta circunstância capaz de afastar sua responsabilidade, nada obstante o argumento de que a designação do substituto não era ato seu, mas do governo. Tal decisão se fundou nas seguintes razões: a uma, de qualquer forma, o tabelião interino era seu preposto como escrevente do cartório e, a duas, se a designação partia realmente do governo, este só a fazia em virtude de proposta do tabelião efetivo, que o escolhia entre os seus escreventes.

(122) Entendemos que, em decorrência das incompatibilidades previstas no art. 25 da Lei 8.935/1994, não é admissível o afastamento do titular para a ocupação em cargo comissionado. Ademais, entendemos não ser recomendável admitir o licenciamento do titular do cartório, para a resolução de assuntos pessoais que não sejam relacionados à saúde. Este nosso posicionamento decorre do fato de que a serventia não pode ficar sendo titularizada, por longo período, por pessoa diversa de seu efetivo tabelião ou oficial de registro.

(123) Vide nota de rodapé 77 do Capítulo 2.

(124) Dispõe o § 5° do art. 20 da Lei 8.935/1994, *in verbis*: "Dentre os substitutos, um deles será designado pelo notário ou oficial de registro para responder pelo respectivo serviço nas ausências e nos impedimentos do titular."

O tema é complexo e envolve reflexões sobre a natureza e a duração do impedimento ou afastamento do tabelião ou oficial titular. Vale lembrar que o fundamento justificador da responsabilidade do titular por atos de seus prepostos é justamente a garantia de que seus empregados (subordinados) executarão o serviço com a mesma eficiência e qualidade de seu patrão ou comitente. Por isso mesmo, é fundamental que o titular afira, detidamente, a qualidade dos auxiliares e prepostos que irá contratar, levando em consideração que o contrato de trabalho é lastreado, fundamentalmente, na confiança que o empregador guarda pelo seu empregado.

Se, pelo afastamento do titular, se romper a relação de subordinação entre o interventor ou substituto interino e aquele, entendemos que não subsistirá razão para que o afastado titular continue a responder pelos atos ocorridos na serventia no período em que esta não se encontrar sob a sua chefia. Com efeito, caso o afastamento se dê por determinação judicial, em face de processo administrativo, entendemos que a responsabilidade deverá ser imputada ao titular interino em exercício, uma vez que este será designado pelo juízo competente nos termos do § 1º do art. 35 da Lei 8.935/1994[125] e não estará subordinado ao titular afastado nem será, necessariamente, da confiança deste.

No que tange à sucessão trabalhista, releva mencionar que vários são os precedentes do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que, havendo a mudança de titular do cartório extrajudicial, os direitos dos

(125) O § 1º do art. 35 da Lei 8.935/1994 estabelece, *in verbis*: "Quando o caso configurar a perda da delegação, o juízo competente suspenderá o notário ou oficial de registro, até a decisão final, e designará interventor, observando-se o disposto no art. 36." Por seu turno, reza o art. 36 do mesmo estatuto legal, *in verbis*: "Quando, para a apuração de faltas imputadas a notários ou a oficiais de registro, for necessário o afastamento do titular do serviço, poderá ele ser suspenso, preventivamente, pelo prazo de noventa dias, prorrogável por mais trinta. § 1º Na hipótese do caput, o juízo competente designará interventor para responder pela serventia, quando o substituto também for acusado das faltas ou quando a medida se revelar conveniente para os serviços. § 2º Durante o período de afastamento, o titular perceberá metade da renda líquida da serventia; outra metade será depositada em conta bancária especial, com correção monetária. § 3º Absolvido o titular, receberá ele o montante dessa conta; condenado, caberá esse montante ao interventor."

empregados da serventia são preservados, à luz do que estabelecem os arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho (DL 5.452, de 1º de maio de 1943). Dispõem os mencionados dispositivos legais, *in verbis*: "Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados" e "Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados". Entendendo que há sucessão trabalhista, quando da mudança de titularidade na serventia extrajudicial, vejam-se os seguintes julgados em Recursos de Revista: RR 79.563/PR (Rel. Min. Vantuil Abdala, 2ª Turma do TST, decisão em 21.06.1995, publicada no *DJ* de 25.08.1995); RR 91.266/PR (Rel. Min. Galba Velloso, 4ª Turma do TST, decisão em 16.06.1994, publicada no *DJ* de 19.08.1994); RR 50.908/PR (Rel. Min. Antonio Maria Thaumaturgo Cortizo, 5ª Turma do TST, decisão em 13.10.1993, publicada no *DJ* de 03.12.1993); RR 52.522/PR (Rel. Min. Indalecio Gomes Neto, 1ª Turma do TST, decisão em 11.12.1992, publicada no *DJ* de 12.02.1993); e RR 48.364/PR (Rel. Min. Fernando Vilar, 1ª Turma do TST, decisão em 23.11.1992, publicada no *DJ* de 18.12.1992).

De lege ferenda, para dirimir qualquer divergência jurisprudencial ou doutrinária que possa existir a respeito do tema da sucessão trabalhista, tramita na Câmara dos Deputados o PL 7.503 de 2002, de autoria do Dep. Agnelo Queiroz, que visa acrescentar três parágrafos ao art. 20 da Lei 8.935/1994, com a seguinte redação, *in verbis*:

"§ 6º Os notários e oficiais de registro, ao assumirem a titularidade dos respectivos serviços notariais e de registro, serão considerados como sucessores dos seus antecessores na serventia, assumindo os correspondentes encargos trabalhistas."

"§ 7º Os escreventes, substitutos e auxiliares contratados pelo notário ou oficial de registro antecessor terão direito a um período de estabilidade provisória de seis meses após a posse do notário ou oficial de registro que o suceder."

"§ 8º A contratação ou rescisão de contrato dos escreventes, substitutos e auxiliares deverá ser homologada pelo juízo competente."

Por outro lado, em recente julgamento versando sobre tema de Direito Administrativo, o Superior Tribunal de Justiça, no ROMS 14.807/RS (Rel. Min. Fontes de Alencar, julgado em 17.09.2002 e publicado

no *DJ* de 19.12.2002), entendeu que, no caso de aposentadoria do antigo titular, exaurida sua delegação, não há direito de quem fora contratado pelo então titular, agora aposentado, de permanecer no comando da serventia. O mencionado Recurso Ordinário em Mandado de Segurança versava sobre a interpretação do § 2º do art. 39 da Lei 8.935/1994 que assim dispõe, *in verbis*: "Extinta a delegação a notário ou a oficial de registro, a autoridade competente declarará vago o respectivo serviço, designará o substituto mais antigo para responder pelo expediente e abrirá concurso".

Em decisão unânime, a 6ª Turma do STJ entendeu que o "substituto mais antigo", a que se refere a lei, não é o escrevente mais antigo integrante da serventia e designado pelo titular aposentado, mas sim tal expressão encerra conceito mais amplo, podendo recair sobre o titular mais antigo de outra delegação da mesma comarca, que cumulará atribuições em duas serventias enquanto durar o período de vacância. Segundo se pode depreender do voto do Min. Relator, *in verbis*: "A impetrante era mera empregada da titular da delegação sob o regime da CLT, e, aposentada aquela que a detinha, exauriu-se o próprio contrato celetista, não há como se possa dar guarida ao recurso de um celetista designado por um titular de uma delegação, que fora exaurida com a aposentadoria do titular, para permanecer no comando do cartório. Nego provimento ao recurso em mandado de segurança" (Trecho do voto do Min. Fontes de Alencar).

Flauzilino Araújo dos SANTOS (1997), ao examinar a responsabilidade do notário ou registrador que assume serventia pelo passivo trabalhista e tributário deixado pelo antigo titular, pondera que, em face do caráter personalíssimo da delegação, pode-se inferir, por conseqüência lógica, que a responsabilidade pelos encargos sociais e fiscais pretéritos, remanesce no passivo do ex-delegado ou de seu espólio. Segundo esse autor, parece ser lícito que os prepostos contratados pelo notário ou registrador, para auxiliá-lo no desempenho de suas funções, devam ser desligados da serventia por ocasião da extinção da delegação. Não se aplicariam, na espécie, os dispositivos da CLT referentes à sucessão trabalhista pelo fato de que a contratação de prepostos (procedida na forma do art. 20 da Lei 8.935/1994) é inerente ao caráter personalíssimo da delegação. Em outras palavras, os funcionários são contratados para

servirem, especificamente, àquele determinado titular, o qual poderia diretamente prestar os serviços que lhe foram delegados, sem o concurso de auxiliares ou prepostos. A confiança que lastreia o vínculo entre o titular e seu empregado há de ser tratada de forma especial, devendo, por isso, serem as obrigações trabalhistas pessoalmente cumpridas até o final pelo delegado contratante originário ou seus herdeiros.

Quanto à existência ou não de sucessão trabalhista, nosso entendimento, até o presente momento, é no sentido de que caberá ao novo titular, que ingressar na serventia, manter os contratos de trabalho preexistentes, em prestígio aos princípios da continuidade da atividade e proteção à estabilidade e aos direitos dos empregados hipossuficientes. Ressalvamos, contudo, hipóteses em que o antigo titular, agindo de máfé, por exemplo, estabeleça, poucos dias ou meses antes de ser aposentado ou de se afastar da serventia, aumentos desarrazoados para seus funcionários ou amplie, desnecessariamente, o seu corpo de auxiliares e escreventes.

Com relação à responsabilidade do oficial por atos de seus prepostos, vale a pena observar que, segundo o art. 22 da Lei 8.935/1994, a responsabilidade decorrerá dos danos causados "na prática de atos próprios da serventia". Alvino LIMA (2000, p. 77-87) ensina que, para que surja a responsabilidade do comitente, é necessária a existência de uma relação direta entre a função desempenhada e o fato danoso, isto é, o preposto deve ter agido no exercício regular de suas funções ou por ocasião das mesmas.

Assim, mesmo nas hipóteses de desobediência ou má execução das ordens recebidas pelo preposto, o empregador responde pelos prejuízos causados por aquele. Em outras palavras, o preposto, agindo fora do âmbito de suas funções, mesmo em desacordo com as instruções recebidas do comitente, pode acarretar a responsabilidade deste último, quando age culposamente "por ocasião das funções".

Em contrapartida, conforme salienta Alvino LIMA (2000, p. 80), quando o ato do preposto for praticado fora das horas de serviço, a responsabilidade do empregador normalmente desaparece; assim será no caso de férias do preposto, em dias de descanso, não estando a serviço do comitente. Todavia, este princípio de irresponsabilidade do empregador pelos atos de seu preposto fora das horas do trabalho encontra

inúmeras exceções quando estiver provado que a culpa do preposto tenha sido cometida para atingir um fim correspondente às suas funções ou em virtude das facilidades resultantes da função por si exercida.

De qualquer forma, sempre cumprirá verificar se a vítima do ato lesivo perpetrado pelo preposto tinha ou não conhecimento de que este agira fora do estrito e correto exercício de suas funções. Utiliza-se, para tanto, a teoria da aparência: desde que a competência do preposto seja aparente, surge a responsabilidade do comitente. Mas não basta esta aparente qualidade de preposto; é necessário que a vítima, agindo de boa-fé, esteja convicta de que o preposto agiu como tal, por conta do comitente; desde que a vítima saiba que o preposto agiu por sua própria conta, fora da missão que lhe fora confiada, não há responsabilidade do comitente. Nos dizeres de Alvino LIMA (2000, p. 85), *in verbis*: "É óbvio que partimos do pressuposto de que a vítima desconhecia a existência do abuso [de função pelo preposto], ignorava a conduta incorreta do preposto. Se, entretanto, a vítima tem ou devia ter conhecimento do abuso da função, por parte do preposto, dele participa, associando-se *conscius fraudis* do mesmo abuso, não se pode pretender que o comitente responda pelos atos do seu preposto".

Sobre a responsabilidade dos protestadores de títulos em face do dano moral sofrido pelos cidadãos que, injustamente, tiveram seus nomes vinculados a mau-pagadores, entendemos, na mesma linha de Décio Antonio ERPEN (1999b, p. 7-16), que o protesto tirado indevidamente, em face da apresentação de um título pela parte interessada que se arrogava na condição de legítimo credor, não enseja, por si só, o dever de indenizar. Tal responsabilidade deve ser imputada ao incauto apresentador do título. Não se deve esquecer, também, que, nos termos explícitos do art. 38 da Lei 9.492/1997, os tabeliães de protesto de títulos são civilmente responsáveis pelos prejuízos causados desde que seja provado que agiram com culpa ou dolo.

Por fim, no que concerne à responsabilidade do oficial, no cumprimento de mandados judiciais e decisões administrativas oriundas da Corregedoria ou da Vara de Registros Públicos, entendemos, nos mesmos moldes externados por Flauzilino Araújo dos SANTOS (1997), que, nestes casos, o notário ou o registrador estará agindo no estrito cumprimento de seu dever legal, sob o império do Poder Público, dentro dos

limites de sua atuação, não havendo por que ser responsabilizado. Com efeito, conforme já expusemos, dentre os deveres dos tabeliães e oficiais de registro arrolados no art. 30 da Lei 8.935/1994, o inciso XIV estabelece a obrigação de "observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente". Assim, caso tal dever não fosse adimplido, por força do inciso I do art. 31 do mesmo Estatuto Legal, "a inobservância das prescrições legais ou normativas" configuraria infração disciplinar e sujeitaria os titulares de serventias extrajudiciais às penalidades ali previstas.

CONCLUSÕES

Como se pôde demonstrar, a nova ordem jurídica trazida com a Constituição de 1988, ao explicitar a natureza privada em que se exercem as atividades notariais e de registro e ao exigir o concurso público para que nelas se possa ingressar, deflagrou um processo de incremento de tais atividades, iniciando a modificação da percepção social a respeito da importância de tais atividades e incentivando o aprimoramento das habilidades técnicas que envolvem esta profissão jurídica.

No que tange à relevância social de tais serviços públicos, mostrou-se que notários e registradores desempenham atividade inibidora de litigiosidade, evitando com que muitos conflitos cheguem às portas do Judiciário, minorando, assim, os problemas relativos ao acesso à já assoberbada Justiça. Indicou-se, também, a conveniência de se conferir aos cartórios extrajudiciais, mais amplamente, atos de jurisdição voluntária, em que não há conflito de interesses propriamente dito e que são hoje atribuídos aos juízes de direito. Os cidadãos, ao poderem realizar espontaneamente seus direitos (sem a necessidade de levá-los à Justiça), seriam menos onerados e o Judiciário aliviaria uma considerável parcela de seus afazeres administrativos, transferindo a agentes dotados de fé pública, com elevada qualificação ética e técnica, a prática desses serviços, para os quais estão profissionalmente vocacionados.

Tais operadores jurídicos apresentam-se como consultores qualificados, muitas vezes gratuitos, para a sociedade, além de desempenharem importante papel na preservação de informações essenciais para diversos assuntos, podendo-se citar, como exemplos: ao exercício da cidadania e implementação de políticas públicas (com os registros civis); à garantia do direito de propriedade (a que se refere o inciso XXII do art. 5º da CF) e ao planejamento da ocupação do solo (com os registros imobiliários); à velocidade das práticas comerciais e à facilitação dos serviços de proteção ao crédito (com os bancos de dados dos cartórios de protesto); a dar publicidade aos atos jurídicos, certificar a sua data, gerar efeitos contra terceiros a relações jurídicas e conservar documentos (com o registro de títulos e documentos); a comprovar a realização

e dar forma a declarações e negócios jurídicos (com as notas do tabelião) etc.

Acresce que notários e registradores, além de contribuírem para a preservação de dados históricos de um povo, para a elaboração e aprimoramento do direito e para a consolidação de ordenamentos jurídicos (no caso mencionado da União Européia), funcionam como importantes agentes na política de arrecadação tributária, uma vez que, em decorrência de imposição legal, são responsáveis pela fiscalização da regularidade de recolhimento dos tributos que incidem sobre os atos e negócios relacionados com o exercício de sua profissão.

Diante disso, entendemos que a doutrina jurídica brasileira deve dar a conhecer, com análises sistematizadas e rigor acadêmico, a importância e os pontos criticáveis dos serviços notariais e de registro em nosso País. Manifestamos nossa compreensão no sentido de que tais serviços são, sim, relevantes para a sociedade, por revestirem as relações jurídicas da certeza e da estabilidade necessárias à realidade cotidiana dos seres humanos, pessoal e socialmente considerados.

O papel crítico dos juristas às instituições notarial e registral deve passar, necessariamente, pelo conhecimento de suas qualidades e deficiências, a fim de que se possibilitem melhorias e se evitem retrocessos no modelo historicamente alcançado. O desconhecido e o almejado só podem ser, respectivamente, descoberto e concretizado tendo uma clara visão do que já é conhecido e usual. Para se conhecer o regime jurídico de notários e registradores, não basta a referência das normas que o regulam e limitam. É necessário, também, estabelecer os princípios que informam tal regime, no sentido de conformar sua natureza e estrutura lógico-jurídica, até mesmo para que se possa aferir a legitimidade de lei reguladora dessas atividades, a qual, nada obstante a presunção *juris tantum* de constitucionalidade, pode apresentar-se contrária à ordem constitucional.

Nessa linha de raciocínio, a definição da principiologia almejada deve ser resultado da problematização dos institutos jurídicos que permeiam o sistema dos tabelionatos e registros públicos. Uma vez elaborada tal definição, caso se chegue a uma idéia objetiva e independente de outras instituições similares, poder-se-á cogitar na existência de uma categoria peculiar. É assim que vemos os serviços notariais e de registro: situados dentro de uma categoria jurídica idiossincrática.

Diante dessas ponderações, somos levados a admitir que se mostra bastante complicado pretender uma identificação absoluta entre as atividades cartorárias extrajudiciais e qualquer outra determinada função estatal. Mostra-se igualmente difícil ensaiar definições integrais a respeito da função notarial e registral, uma vez que tal pretensão se choca com o obstáculo da falta de generalidade, requisito indispensável para a pretensão de síntese conceitual. Entendemos que o meio mais apropriado para a compreensão da mencionada função é a enumeração de suas características, como acreditamos tê-la feito nesse trabalho, problematizando temas como: a competência do Poder Judiciário para a outorga da delegação; a natureza compulsória desta delegação; a não-identidade entre emolumentos e as taxas endereçadas aos cofres públicos; a equiparação dos titulares de serventias extrajudiciais não-oficializadas aos servidores públicos para efeitos de aposentadoria compulsória e configuração de tipos penais etc.

Mostramos que a conduta estatal que, por lei, concede a gratuidade ou reduz os emolumentos cartorários – sem, em contrapartida, instituir forma de compensação aos notários e registradores afetados pela perda de receita – põe em risco a gestão privada dos serviços notariais e de registro, desrespeitando e inviabilizando o modelo pretendido pelo constituinte originário (CF, art. 236).

Com relação à responsabilidade civil do Estado em decorrência das atividades notariais e de registro, que constituiu o mote primordial do presente trabalho, defendemos a tese no sentido da exclusão da responsabilidade direta do ente estatal. Esse posicionamento, conforme demonstramos, pretende evidenciar uma valoração clara da assunção de riscos próprios por parte do titular da serventia não-oficializada, a fim de defender a justificativa ética e jurídica da remuneração de notários e registradores por emolumentos integrais. Com efeito, uma progressiva assunção, pelo Estado, das responsabilidades próprias dos agentes delegados leva, inexoravelmente, ao questionamento da real necessidade do modelo desestatizado de prestação de serviços notariais e de registro. Mesmo quando a referida assunção estatal de responsabilidades produz-se de forma provisória (uma vez que, em tese, poderia reaver a quantia gasta com a indenização direta à vítima, por meio da ação regressiva), a mera relativização da assunção direta, por parte do agente delegado, da prestação do serviço, exercido por sua própria conta e risco, representa

a correlata relativização (com a tendência de estatização) dos serviços delegados.

Frisamos: não deve haver delegação sem riscos. Se equipararmos o notário e o registrador (delegados prestadores de serviços públicos) à situação de subordinação que caracteriza os servidores públicos em geral, então deveremos empregar a figura do cargo público e não da delegação. Isso porque a primeira representa vinculação por dependência e a segunda constitui-se no desempenho autônomo de atividade, o qual só se justifica se a atuação se der por conta própria e pela assunção de riscos do delegado.

O que sustentamos, queremos crer, não implica retroceder nem ignorar as modernas tendências de alargamento das responsabilidades estatais e da ampliação do âmbito de proteção da vítima, que dão ênfase à reparação integral dos danos na sua vinculação com a eqüidade. Trata-se, antes, de compatibilizar tais tendências com outra – em que está envolto nosso País, neste início de terceiro milênio, a respeito da atualização de todo o sistema de serviços públicos, como decorrência do caráter multifacetado do Estado contemporâneo: a forte participação da iniciativa privada e de todos os habitantes numa relação jurídica com o Estado que converte a todos em sujeitos protagonistas e responsáveis pela consecução do bem-estar geral.

Buscou-se, com o presente trabalho, apresentar o direito positivo, bem como projetar soluções atuais, criticando aquelas que nos parecem inadaptadas e propondo certas orientações de reforma de posicionamento jurisprudencial. De *lege ferenda*, considerando o anteprojeto de lei regulamentadora do § 6º do art. 37, que hoje tramita no âmbito do Ministério da Justiça, recomendamos a não-responsabilização direta do Estado pelos danos causados nas serventias extrajudiciais não-oficializadas.

No que tange à responsabilidade de notários e registradores pelos prejuízos decorrentes de atos praticados nas serventias não-oficializadas, entendemos que, mesmo após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil, deve prevalecer o critério subjetivo para a aferição do dever de ressarcir. Não se pode negar, contudo, que a tendência hoje é a ampliação das hipóteses de responsabilização independente de demonstração de culpa, tanto é que o Código Civil de 2002 inova, no parágrafo único de seu art. 927, ao prever

cláusula geral de responsabilidade objetiva. Pretende o legislador facilitar a recomposição do patrimônio da vítima e exigir a prevenção de acidentes por parte de quem exerça atividade perigosa.

De qualquer modo, conforme adverte CAHALI (1996, p. 372), assim como a natureza não dá saltos, também o direito não opera bruscas transformações. Como ainda não existem julgados (nem teria sido possível, em razão da irretroatividade do novo sistema legal, insculpido pelo Código Civil de 2002, de "responsabilidade objetiva de certa forma generalizada" no âmbito privado), espera-se que a jurisprudência venha a revelar-se comedida na aplicação dos princípios da responsabilidade objetiva, ponderando sobre os riscos efetivamente assumidos pelos titulares das serventias não-oficializadas, no desempenho de suas atividades. Sustentamos que essas atividades não se enquadram no programa normativo do referido parágrafo único do art. 927 do novo Estatuto Civil.

Quanto ao fato de a lei não ter expressado o que se pode entender por "atividade normalmente desenvolvida que implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem", pode-se inferir que concedeu ao intérprete a incumbência de, analisando o ordenamento como sistema, conformar condutas arriscadas (entenda-se: normalmente perigosas) à hipótese prevista na lei. Aliás, de resto, tal poder é geralmente dado ao intérprete sempre que o direito não revela um padrão normativo específico, necessário e capaz de agasalhar um fato real não revestido de ilicitude. Cumpre à doutrina e à jurisprudência, casuisticamente, estabelecer em que situações determinadas condutas lícitas e arriscadas, que possam ensejar prejuízo especial e anormal a alguém, devam implicar a responsabilidade objetiva do autor de tais condutas.

Nas hipóteses em que se configurar, numa relação civil, responsabilidade objetiva pelo resultado danoso, tal fato deverá ser tratado como exceção, cuidando o intérprete para analisar a causalidade normativa em toda a sua complexidade, buscando sempre revelar o sentido apropriado para a vida real, conducente a uma decisão reta. No sentido da excepcionalidade da responsabilidade objetiva, manifestou-se nosso legislador ao proclamar a responsabilidade baseada na culpa como regime geral e limitando a responsabilidade objetiva fundada no risco aos casos de imputação *ex lege* e do desempenho de atividades de natureza normalmente perigosa.

A complexidade do tema concernente à responsabilidade civil de notários e registradores decorre, não apenas do ecletismo que caracteriza o regime jurídico desses profissionais (situados entre os servidores públicos e os agentes delegados), mas também da abertura da norma contida no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. Valendo-nos da lição de Miguel REALE (1978, p. 211), podemos dizer que tal dispositivo encerra norma que encontra como destinatário principal o juiz, servindo de base a uma efetiva e concreta apreciação dos fatos, a fim de que as diretrizes sobre a facilitação do ressarcimento à vítima e a coibição do apetite capitalista ou da mera exploração da atividade econômica por parte de incautos fornecedores de produtos e prestadores de serviços não figurem apenas como uma *capa florida de direitos meramente declarados (e não concretizados)*, mas que possam tais diretrizes representar efetivamente a concretização de justiça social.

Não se pode desconsiderar que, no labor hermenêutico, os juízes deverão cuidar, com especial atenção, da motivação (fundamentação) de suas decisões, a qual, na lição de Inocêncio Mártires COELHO (1997, p. 49), constitui elemento essencial da atividade hermenêutica, assegurando a sua racionalidade.[1] Ademais, conforme adverte Robert ALEXY (2001, p. 21), nos julgamentos de valor, não pode descurar o julgador que os argumentos devem ser *moralmente relevantes*.

Assim sendo, nas hipóteses de prejuízos decorrentes de atos notariais e de registro, sustentamos que valerá a regra da responsabilização por atos omissivos na prestação de serviços públicos, em que a responsabilidade só se configura mediante a comprovação de que o agente

(1) Conforme leciona Inocêncio Mártires COELHO, *in verbis*: "Se não existe interpretação sem intérprete; se toda interpretação, embora seja um ato de conhecimento, traduz-se, afinal, em uma manifestação de vontade do aplicador do direito; se a distância entre a generalidade da norma e a particularidade do caso exige, necessariamente, o trabalho mediador do intérprete, como condição indispensável ao funcionamento do sistema jurídico; se, no desempenho dessa tarefa, resta sempre uma insuprimível margem de livre apreciação pelos operadores da interpretação; se, ao fim e ao cabo, isso tudo é verdadeiro, então o ideal de racionalidade, de objetividade e, mesmo de segurança jurídica, aponta para o imperativo de se fazer recuar o mais possível o momento puramente subjetivo da interpretação e reduzir ao mínimo aquele *resíduo incômodo* de voluntarismo, que se faz presente, inevitavelmente, em todo trabalho hermenêutico".

ofensor agiu com dolo ou culpa. Admitimos, contudo, por imperativo de eqüidade e prestigiando a facilitação da recomposição do prejuízo sofrido, a inversão do ônus da prova em benefício da vítima, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for a vítima hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Acreditamos que a recente mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à não-compulsoriedade da aposentadoria dos titulares de serventias extrajudiciais não-oficializadas, procedida com o julgamento na ADIn 2.602/MG, indicia futura evolução jurisprudencial também quanto à matéria concernente à responsabilidade civil do Estado em decorrência das atividades notariais e de registro. Muito embora a referida alteração de entedimento tenha decorrido de mutação constitucional (EC n. 20, de 16 de dezembro de 1998) – uma vez que a regra (art. 40 da CF) que se referia apenas a *servidores públicos* passou a tratar de *servidores titulares de cargos efetivos* –, entendemos que, para não se impor a notários e registradores a aposentadoria compulsória, aplica-se a mesma justificativa ao descabimento da responsabilidade direta do Estado. Notários e registradores não são servidores públicos. Mesmo que se entenda que tais profissionais são agentes prestadores de serviços públicos, deve-se compreender que são eles agentes delegados e, por isso, a responsabilidade do Estado será apenas subsidiária.

Sem querermos concluir se os notários e registradores, na condição de agentes públicos delegados, aproximam-se mais de servidores públicos ou de profissionais liberais (prestadores de serviços públicos delegados), moveu-nos tão-somente o modesto intuito de, por algum modo, contribuirmos para o incitamento a que outrem, após nós, venha a erguer mais solidamente a pretendida doutrina (eventualmente, bem diferente dessa), dentro da qual o legislador possa situar as funções notariais e registrais, em lugar bem definido que lhe pertence no quadro das profissões jurídicas e das modernas organizações estatais.

BIBIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 1 e 2.

ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei; AZEVEDO, Eurico de Andrade. *Concessão de serviços públicos:* comentários às Leis 8.987 e 9.074 (parte geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.05.1998. São Paulo: Malheiros, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Ordenações Filipinas – Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei D. Filipe, o Primeiro*. São Paulo: Saraiva, 1957 (v. 1) e 1960 (v. 2).

ALMEIDA, Tabosa de. A burocratização dos cartórios. *Conferências e Pareceres Jurídicos*, Caruaru, Faculdade de Direito de Caruaru, 1989.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Órgãos da fé pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALTERINI, Atilio Aníbal; CABANA, Roberto M. López (dir.). *La responsabilidad:* homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil do Estado*. Campinas: Bookseller, 2001. t. I e II.

AMADEO, José Luis. *Responsabilidad del Estado por actos lícitos según la Corte Suprema*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 1996.

ANDRADE e SILVA, Maria Bárbara Toledo. Princípios gerais do serviço notarial e registral – Aspectos relevantes. *Juris Poiesis – Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*, ano 2, n. 4. Disponível em: <http:// www.estacio.br/direito/revista4/artigo18.htm>. Acesso em fev.2003.

ARMELLA, Cristina Noemi (dir.). *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. t. I e II.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. *Revista dos Tribunais*, ano 82, v. 698, 1993.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. *Concessão de serviços públicos:* comentários às Leis 8.987 e 9.074 (parte geral), com as

modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.05.1998. São Paulo: Malheiros, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Lei 8.935/94: responsabilidade civil/criminal e concurso. *Anoreg-Br*. Disponível em: <http://www.anoregbr.org.br/novidades/mar00/20000313-02.html>. Acesso em mar. 2000.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registros para delegação para provimento desses serviços. *Revista de Direito Imobiliário*, ano 22, n. 47, jul.-dez. 1999.

———. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *A Constituição Federal vista pelo STF*. 3. ed. atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

BARROS, Raimundo Gomes. Relação de causalidade e o dever de indenizar. *Revista de Direito do Consumidor*, jul.-set. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Invalidade de exercício direito pelo Estado dos serviços notariais e de registros – Interpretação conforme a Constituição do art. 1.361, § 1º, do novo Código Civil. Parecer, Associação de Registradores de Títulos e Documentos do Rio de Janeiro, 7 fev. 2003.

BAZHUNI, Marco Antonio. *Da responsabilidade civil do Estado em decorrência de sua atividade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil:* teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

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

BRAUNE, Bernardo. Conferência IRIB: A Lei 8.935, de 18.11.1994 (Dispõe sobre a atividade notarial e registral). *ADV – Advocacia Dinâmica*, v. 37, n. 34, ago. 1997.

BRITO, Luís Filipe Aviz de. *O notariado na elaboração do direito privado*. Braga: Pax, 1966.

BUENO, Eduardo. *A viagem do descobrimento:* a verdadeira história da expedição de Cabral. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998 (Coleção Terra Brasilis, v. 1).

BUERES, Alberto José. *Responsabilidad civil del escribano*. Buenos Aires: Hammurabi, 1984.

———; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (dir.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio:* homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

CABANA, Roberto M. López; ALTERINI, Atilio Aníbal (dir.). *La responsabilidad:* homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

CAPARELLI, Estela. Elite do carimbo. *Dinheiro*, n. 187, mar. 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliviera. Porto Alegre: Fabris, 1989.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; BUERES, Alberto José (dir.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio:* homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

CARRAL Y DE TERESA, Luis. *Derecho notarial y derecho registral*. 2. ed. México: Porrua, 1970.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000.

CASTOR, Belmiro Valverde Jobim et al. Burocracia e reforma do Estado. *Cadernos Adenauer II*, n. 3. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, jul. 2001.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAUPERS, João. A segurança jurídica: um problema real num mundo virtual? *Revista de Direito Imobiliário*, ano 24, n. 50, jan.-jun. 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei 8.935/94)*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

———. *Lei dos registros públicos comentada*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. Direito, Estado e Estado de direito. *Revista de Informação Legislativa*, ano 27, v. 108, out.-dez. 1990.

———. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988:* sistema tributário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

COMASSETTO, Miriam Saccol. *A função notarial como forma de prevenção de litígios*. Porto Alegre: Norton, 2002.

COSTA, Dilvanir José da. Inovações principais do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 796, São Paulo, RT, fev. 2002.

COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 6, v. 21, jan.-mar. 1997.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. O aperfeiçoamento do notariado brasileiro – Essencial para o aperfeiçoamento da justiça. *Revista de Informação Legislativa*, v. 11, n. 44, out.-dez. 1974.

———. Organização jurídica do notariado na República Federal da Alemanha – Um estudo da solução de problemas insolúveis no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, ano 8, n. 31, jul.-set. 1971.

———. A situação jurídica do notariado brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, ano 10, n. 37, jan.-mar. 1973.

COUTO e SILVA, Almiro do. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 202, out.-dez. 1995.

COUTO JÚNIOR, Antônio Joaquim de O. A responsabilidade civil dos tabelionatos por danos morais decorrentes do protesto indevido. *Dinheiro*, out. 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

———. *Direito administrativo comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

———. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: RT, 2001.

DELPIAZZO, Carlos E. Responsabilidad de los funcionarios públicos y de los concesionarios de servicios públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 22, São Paulo, Malheiros, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DIP, Ricardo. *Da ética geral a ética profissional dos registradores*. Porto Alegre: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil/Fabris, 1998.

———. Da responsabilidade civil e penal dos oficiais registradores. *Boletim Eletrônico Instituto de Registro Imobiliário do Brasil e da Associação de Notários e Registradores de São Paulo*, n. 551, out. 2002. Disponível em: <http://www.irib.org.br>.

———; NALINI, José Renato. *Registro de Imóveis e notas:* responsabilidade civil e disciplinar. São Paulo: RT, 1997.

DUARTE, Clenício da Silva. Delegação de competência. *Revista de Direito Público*, ano 7, n. 27, jan.-mar. 1974.

EL NOTARIADO EN JAPÓN. Sítio da Oficina Notarial Permanente de Intercâmbio Internacional – ONPI – Entidade responsável pela divulgação das atividades da União Internacional do Notariado Latino – UINL. Disponível em: <http://www.onpi.org.ar/actualidad.html>.

ERPEN, Décio Antônio. Registros públicos. *Revista dos Tribunais*, ano 75, v. 610, ago. 1986.

———. Da responsabilidade civil e do limite de idade para aposentadoria compulsória dos notários e registradores. *Revista de Direito Imobiliário*, ano 22, n. 47, jul.-dez. 1999a.

———. A responsabilidade civil, penal e administrativa dos notários e registradores. *Boletim do Colégio Notarial do Brasil – Seção Rio Grande do Sul*, n. 1, 1999b.

ESTEBAN, Mateo Azpeitia. *Derecho notarial extranjero:* organización y régimen del notariado en algunas naciones de Europa y América. Madrid: Reus, 1929.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1983.

FERRANTE, Marcelo; SANCIETTI, Marcelo; MELIÁ, Manuel Cancio. *Teoría de la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito*: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, João Figueiredo. O notariado na China. *Boletim Eletrônico Instituto de Registro Imobiliário do Brasil e da Associação de Notários e Registradores de São Paulo*, n. 619, fev. 2003. Disponível em: <http://www.irib.org.br>.

———. Para onde vão os cartórios? *Revista de Direito Imobiliário*, ano 23, n. 48, jan.-jun. 2000.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

———. Da responsabilidade civil do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, ano 25, n. 100, out.-dez. 1988.

FIERRO, Guillermo Julio. *Causalidad e imputación*. Buenos Aires: Astrea, 2002.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-juiz:* doutrina e jurisprudência. Curitiba: Juruá, 1995.

FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FORMICOLA, Tullio. O notariado no Brasil e no mundo. *Revista de Direito Imobiliário*, ano 23, n. 48, jan.-jun. 2000.

FREDERICO MARQUES, José. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. São Paulo: Saraiva, 1959.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2001.

GATTARI, Carlos Nicolas. *Manual de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1992.

GHERSI, Carlos Alberto (dir.). *Responsabilidad profesional*. Buenos Aires: Astrea, 1995.

GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil, dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES PEREIRA, M. *Notariado e burocracia*. Coimbra: Coimbra, 1994 (Coleção Argumentum, v. 8).

GONET BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GRAEFF JÚNIOR, Cristiano. Natureza jurídica dos órgãos notarial e registrador. *Revista de Direito Imobiliário*, ano 22, n. 47, jan.-jun. 2000.

GROPPALI, Alessandro. *Introdução ao estudo do direito*. Trad. Manuel de Alarcão. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1978.

HUALDE, Alejandro Pérez. *El concesionario de servicios públicos privatizados:* la responsabilidad del Estado por su accionar. Buenos Aires: Depalma, 1997.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. *Revista Forense*, ano 38, v. 86, fasc. 454, abr. 1941.

JUNQUEIRA, José de Mello. Protesto – Locação. *Boletim Eletrônico Instituto de Registro Imobiliário do Brasil e da Associação de Notários e Registradores de São Paulo*, n. 467, abr. 2002. Disponível em: <http://www.irib.org.br>.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LATRUBESSE, Gustavo Carranza. *Responsabilidad del Estado por su actividad lícita*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Responsabilidade civil do notário público. *Revista de Direito Privado*, v. 2, n. 8, out.-dez. 2001.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999.

———. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2000.

LIMA, Osvaldo Antonio de. Ação regressiva do Estado contra o seu agente causador de dano. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJDFT*, n. 61, set.-dez. 1999.

LISBOA, Roberto Senise. *Obrigações e responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002 (Manual elementar de direito civil, v. 2).

———. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001.

LOPES, Othon de Azevedo. *Modelos de responsabilidade no novo Código Civil brasileiro*. Monografia, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2002.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos – A perspectiva do direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 10, v. 37, jan.-mar. 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade pessoal do agente público por danos ao contribuinte. *Jus Navigandi*, n. 58, mar. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3014>.

MACHADO, Patrícia Marla F. Lima. Os cartórios e o advento da Constituição Federal de 1988. *Revista da Justiça Federal do Piauí*, v. 1, n. 2, jan.-jul. 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MAIA, Ana Cristina de Souza. Responsabilidade civil dos notários e registradores. *Jus Navigandi*, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2890>.

MARIENHOFF, Miguel S. *Responsabilidad extracontratual del Estado por las consecuencias de su actitud "omissiva" en el ámbito del derecho público*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

MARTINS, Cláudio. *Direito notarial:* teoria e técnica. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1974.

———. O problema brasileiro da institucionalização do notariado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará*, v. 1, n. 1, 1978.

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

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELIÁ, Manuel Cancio; FERRANTE, Marcelo; SANCIETTI, Marcelo A. *Teoría de la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

MELO, Claudinei de. Da responsabilidade civil dos tabeliães. *Revista dos Tribunais*, ano 71, v. 557, mar. 1982.

MELO FRANCO, Otávio Augusto N. de. A responsabilidade civil e a nova legislação no Brasil. *Boletim Eletrônico Instituto de Registro Imobiliário do Brasil a da Associação de Notários e Registradores de São Paulo*, n. 634, fev. 2003. Disponível em: <http://www.irib.org.br>.

MELO JÚNIOR, Regnoberto Marques de. *A instituição notarial:* no direito comparado e no direito brasileiro. Fortaleza: Casa José de Alencar/UFC, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado. União "seguradora universal"? *Jus Navigandi*, n. 45, jun. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=495>.

———; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito romano. 6. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2.

NALINI, José Renato. A responsabilidade civil do notário. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, ano 25, v. 130, mai.-jun. 1991.

——— et al. *Registros públicos e segurança jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

———; DIP, Ricardo. *Registro de imóveis e notas:* responsabilidade civil e disciplinar. São Paulo: RT, 1997.

NERI, Argentino I. *Tratado teórico e práctico de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1971. v. 4.

OLGIATI, Vittorio. The latin-type notary and the process of european unification. *Revista da Procuradoria-Geral de São Paulo*, n. 43, jun. 1995.

OLIVEIRA, Josivaldo Félix de. *A responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: Habeas, 1998.

OLIVEIRA PINTO, João Augusto Alves de. *A responsabilidade civil do Estado-fornecedor de serviços ante o usuário-consumidor*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. *Instituto de história e teoria das idéias da faculdade de letras da Universidade de Coimbra*. Disponível em: <http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ORDENACOES.HTM>.

ORGAZ, Alfredo. *La ilicitud (extracontratual)*. Córdoba: Marcos Lerner, 1992.

PAIVA, Alfredo de Almeida. Responsabilidade civil do Estado – Inteligência do art. 194 da Constituição de 1946 – A teoria do risco e o nosso sistema de direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 33, jul.-set. 1953.

PAMPOLA FILHO, Rodolfo M. Veiga. Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração Pública. *Jus Navigandi*, n. 51, nov. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2036>.

———; LEÃO, Adroaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PARCIANELLO, Roberto Carlos. O exercício fundamental das funções delegadas notariais e de registro. *Informativo jurídico Consulex*, v. 15, n. 39, set. 2001.

PARIZATTO, João Roberto. *Serviços notariais e de registro, de acordo com a Lei 8.935, de 18.11.1994:* atribuições dos tabeliães e oficiais. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

PEREIRA, Antonio Albergaria. *A Constituição coragem e o notariado brasileiro*. São Paulo: edição do autor, 1989.

———. *Cartorários, uma classe humilhada*. São Paulo: Edipro, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Tadeu Rabelo. *Regime(s) jurídico(s) das empresas estatais que exploram atividade econômica*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

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

REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

———. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993.

———. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Público*, ano 21, n. 87, jul.-set. 1988.

RÊGO, Paulo Roberto de Carvalho. O registro de títulos e documentos: um instrumento para segurança da sociedade. Histórico, desenvolvimento e a era digital. *Jus Navigandi*, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3382>.

REIS, Clayton. A responsabilidade civil do notário e do registrador. *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, n. 121, jan.-mar. 1994.

REZENDE, Astolpho. Responsabilidade civil dos tabeliães (consultas e pareceres). *Revista dos Tribunais*, ano 45, v. 246, abr. 1956.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 111, jul.-set. 1991.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado:* doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

SANCIETTI, Marcelo; MELIÁ, Manuel Cancio; FERRANTE, Marcelo. *Teoría de la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

SANTOS, Flauzilino Araújo dos. *Sobre a responsabilidade civil dos notários e registradores*. Monografia, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade Paulista – UNIP, 1997. Disponível em: <http://www.primeirosp.com.br/Flauzilino.rtf>.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Da responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SAVRANSKY, Moises Jorge. *Funcion y responsabilidad notarial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

SCILABRA, Alessandro. Responsabilità notarile e tutela del beneficiario. *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civille*, ano 53, n. 3, set. 1999.

SEGOVIA, Francisco Martinez. *Función notarial:* estado de la doctrina actual y ensayo conceptual. Santa Fe: Delta, 1997.

SILVA, Antonio Augusto Firmo da. *Compêndio de temas sobre direito notarial.* São Paulo: José Bushatsky, 1979.

SILVA, Bruno Mattos e. *Curso elementar de direito comercial:* parte geral e contratos mercantis. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. O notariado brasileiro perante a Constituição Federal. *Revista de Direito Imobiliário*, ano 23, n. 48, jan.-jun. de 2000.

SILVA, Wilson de Melo. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco.* Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

SIQUEIRA, Marli Aparecida da Silva; SIQUEIRA, Bruno Luiz Weiler. Tabeliães e oficiais de registro: da evolução histórica à responsabilidade civil e criminal. *Revista de Informação Legislativa*, ano 37, n. 48, out.-dez. 2000.

SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil.* 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil dos notários e registradores – Comentários à Lei 8.935, de 18.11.94. *Revista dos Tribunais*, ano 84, v. 714, abr. 1995.

———. *Tratado de responsabilidade civil:* responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

STRENGER, Irineu. *Responsabilidade civil no direito interno e internacional.* São Paulo: LTr, 2000.

SWENSSON, Walter Cruz et al. *Lei de registros públicos anotada.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

TÁCITO, Caio. Responsabilidade civil do Estado – Culpa administrativa – Risco. *Revista de Direito Administrativo*, v. 55, jan.-mar. 1959.

TEODORO DA SILVA, João. Apontamentos de direito e prática notarial. *Caderno 1 (Serventias judiciais e extrajudiciais) e Caderno 2 (A atividade notarial, o livro de notas e o Provimento 54/78 CSM-MG)*, Belo Horizonte, Sérjus, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 6, abr.-jun. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. *Revista dos Tribunais*, ano 79, v. 662, dez. 1990.

TOMELIN, Georghio Alessandro. Responsabilidade dos agentes públicos por condutas omissivas, após a vigência do Código de Defesa do Consumidor. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 19, São Paulo: Malheiros, 1997.

VARGAS, Jorge de Oliveira. *Responsabilidade civil do Estado pela demora da prestação da tutela jurisdicional.* Curitiba: Juruá, 1999.

VASCONCELOS, Edson Aguiar de. Novo regime jurídico dos notários e registradores. *Boletim de direito imobiliário*, Coad. Rio de Janeiro, n. 9, set. 1995.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2002.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, ano 24, n. 96, out.-dez. 1987.

VENDRAMEL, Aparecida. *Responsabilidade extracontratual do Estado*. São Paulo: Themis, 2000.

VIANNA, Luís Carlos Fagundes. Serventias notariais e registrais: responsabilidade, extinção e emolumentos. *Revista da Procuradoria-Geral do INSS*, v. 8, n. 2, jul.-set. 2001.

VIEGAS DE LIMA, Frederico Henrique. *Temas registrários*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

VIEIRA João Alfredo Medeiros. A privatização dos cartórios. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 20, n. 1/2, dez. 1991.

WALD, Arnoldo. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 58, 1993.

WOLFFENBÜTTEL, Miriam Comassetto. A função notarial: forma de prevenção de conflitos. *Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 34, n. 90, 2001.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Colaboração Marco Antônio Schmitt et al. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Diagramação eletrônica
Textos & Livros Proposta Editorial S/C Ltda.
CNPJ 04.942.841/0001-79

Impressão e acabamento
Gráfica Vida e Consciência
CNPJ 38.947.123/0001-07

Hercules Alexandre da Costa Benício

Responsabilidade Civil do Estado Decorrente de Atos Notariais e de Registro

"O autor se devotou com seriedade a entranhar-se no complexo universo da responsabilidade civil do poder delegante das atividades notariais e de registro.

(...)

As atividades confiadas aos tabeliães e registradores constituem uma tradição no direito brasileiro, transplantadas com secular experiência do direito luso. Dessa forma, vasta literatura se produziu, a incursionar por todos os aspectos dessa atuação.

Haveria espaço de abordagem ainda não explorado?

HERCULES ALEXANDRE consegue voltar um novo olhar para esse desempenho, focando, com a luz serena de sua erudição, o novo *status* conferido pelo constituinte às atividades antigamente denominadas *extrajudiciais*.

Com vigor e senso de oportunidade, sustenta a conveniência de se transferirem atribuições da denominada *jurisdição voluntária* para profissionais perfeitamente capacitados a se desincumbirem de tais misteres. Essa alternativa é necessária e urgente. Liberaria o Judiciário para a missão de *solucionar controvérsias* e viabilizaria um modelo de *acesso à justiça* mais compatível com a realidade nacional.

(...)

O objeto central foi dissecado com maestria. Convincente a postura defendida por Mestre HERCULES ALEXANDRE no sentido de que excluída a responsabilidade civil direta do Estado por atos praticados por estes singulares delegados.

(...)

Jovem e provido de pureza de propósitos, tem HERCULES ALEXANDRE a coragem moral de afirmar que não deve existir delegação sem riscos."

(Do *Prefácio*, de JOSÉ RENATO NALINI.)

ISBN 85-203-2760-5

9 788520 327609

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS