

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

São Paulo, 30 de junho de 2010.

Ao

SINOREG/SP - Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo e ANDC - Associação Nacional de Defesa dos Cartorários da Atividade Notarial e de Registro

Att.: Dr. Cláudio Marçal Freire

**Ref.: Regime jurídico dos empregados de
Ofícios e Serventias extrajudiciais.
Contratação de escreventes e auxiliares. A
figura do empregador e a responsabilidade
por débitos de natureza trabalhista**

Em atenção à honrosa solicitação de V.Sa., submetemos à sua apreciação nosso parecer sobre os aspectos trabalhistas envolvidos na contratação, por Ofícios e Serventias extrajudiciais, de auxiliares e escreventes para prestação de serviços notariais e de registro, e a responsabilidade daí decorrente.

Colocamo-nos à sua inteira disposição para posteriores esclarecimentos.

Atenciosamente



NELSON MANNRICH

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

PARECER

**Ref.: Regime jurídico dos empregados de
Ofícios e Serventias extrajudiciais.
Contratação de escreventes e auxiliares. A
figura do empregador e a responsabilidade
por débitos de natureza trabalhista**

PARTE I. DA CONSULTA

Solicitam-nos os prezados clientes parecer envolvendo aspectos trabalhistas da relação entre titulares de Serventias e Cartórios extrajudiciais e escreventes e auxiliares contratados para prestar-lhe serviços, especialmente a questão da responsabilidade.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil (Instrução Normativa RFB nº 971, de 17 de novembro de 2009) classificou como de caráter pessoal a atividade desempenhada pelos titulares de Cartórios e Ofícios extrajudiciais. Tal pessoalidade resulta do art. 236, da Constituição da República de 1988, e de diversos dispositivos da Lei nº 8.935/94.

Assim determina o referido artigo da Constituição da República de 1988:

ff

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

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

§ 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.

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

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

Como se vê, a delegação para prestação de serviços notariais e de registro se dá de **forma pessoal**, envolvendo profissional devidamente habilitado em concurso público em cujo exercício das funções responderá **pessoalmente** por danos e prejuízos que venha a causar.

A mencionada Instrução Normativa RFB nº 971/2009, nesse contexto, nada mais fez do que corroborar o caráter pessoal da prestação de serviços pelos titulares de Offícios e Cartórios extrajudiciais, impondo a inscrição de tais profissionais no CEI (Cadastro Específico do INSS), na qualidade de pessoa física, de forma a vincular referido cadastro ao CPF do titular.

fb

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

Entretanto, conforme exposto pelos prezados clientes, o caráter pessoal das atividades dos notários e registradores suscita problemas práticos relacionados, especialmente, à contratação de escreventes e auxiliares pelo titular do Ofício, agravados com a modificação da legislação tributária.

Tratando-se de serviço público essencial à população, as atividades notariais e registrais não admitem interrupção. Por tal razão, na hipótese de vacância de seu titular, o Ofício e o Tabelionato não são extintos, tampouco interrompidos os serviços por eles prestados, enquanto não nomeado seu sucessor.

Assim, nos casos de vacância temporária, automaticamente é designado substituto para responder pelo Ofício até que novo concurso público seja realizado, com a consequente delegação da titularidade a outra pessoa física. Ademais, quando da outorga da nova delegação, não cessam as atividades anteriormente prestadas; continuam, agora sob a responsabilidade do novo titular.

Portanto, a despeito do caráter pessoal das atividades notariais e de registro, não há solução de continuidade por conta da alteração na titularidade do Ofício ou Serventia – exatamente em razão da natureza pública de tais serviços.

Para a prestação dessas atividades, a legislação de regência assegura ao titular do Ofício a possibilidade de contratar

gt

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

escreventes e auxiliares como empregados, conforme se extrai do art. 20, da Lei nº 8.935/94:

Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho.

Ora, se a atividade notarial e de registro é ininterrupta, também tende a ser contínua a relação instaurada entre o Ofício e os empregados contratados para desempenhá-la, nos termos do artigo supramencionado. Com efeito, a presença dos escreventes e auxiliares é imprescindível para que o novo titular – ou o substituto na vacância, conforme o caso – dê continuidade à prestação dos serviços cartorários.

É nesse contexto, então, que surgem questionamentos de natureza trabalhista acerca dessa relação, especialmente no que concerne à sucessão do novo titular por débitos contraídos por seu antecessor: se o caráter é personalíssimo, em tese não responderia pelo passivo.

Dessa forma – e ressaltando a natureza pessoal das atividades notariais e de registro –, os prezados clientes formulam os seguintes quesitos:



FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

1. *Considerando-se a pessoalidade com que o Poder Público outorga a delegação para o exercício das funções de notário e de oficial registrador e a ausência de personalidade jurídica das Serventias/Cartórios é possível afirmar a existência de vinculação dos empregados (escreventes e auxiliares) ao Cartório e não ao respectivo titular, uma vez que a titularidade está sujeita à vacância temporária e à possibilidade de novas delegações dos serviços ali prestados?*
2. *O art. 17, inciso II, item "b" da Instrução Normativa SRFB nº 971, ao determinar a inscrição do titular do Cartório no Cadastro Específico do INSS (CEI), vinculado ao seu CPF, não obstante a Serventia ter seu próprio CNPJ, pode implicar a dissolução dos vínculos empregatícios firmados com eventuais antigos titulares?*
3. *A obrigatoriedade de recolhimento dos valores previdenciários vinculados ao CNPJ da Serventia e, por conseguinte, criando um vínculo 'fictício' entre Serventia/Cartório e empregados não torna, em termos práticos, mais efetivos os fins preconizados pela proteção constitucional ao trabalhador ("norma favorável ao trabalhador"; "condição mais benéfica", "in dubio pro operario"; "valorização social do trabalho")?*
4. *Tendo em vista a obrigatória continuidade da prestação dos serviços notariais e registrais de natureza pública essencial quando da alteração de titularidade dos notários e registradores e, por conseguinte, a permanência dos escreventes e auxiliares nas Serventias para a continuação do exercício da atividade, pergunta-se:*
 - i) *As novas determinações da Secretaria da Receita Federal do Brasil estabelecem providências que dificultam aos*

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

trabalhadores da Serventia (escreventes e auxiliares) o exercício e a reivindicação de seus direitos trabalhistas e previdenciários?

- ii) *Se afirmativa a resposta anterior, enumerar as eventuais dificuldades criadas pelos mencionados dispositivos relacionados aos escreventes e auxiliares notariais e registrais.*
- iii) *Tais dificuldades se tornam ainda mais evidentes se for considerada que a sucessão trabalhista somente é possível na hipótese de transferência de empresas – unidade de negócios –, nos moldes dos artigos 10 e 448 da CLT?*

5. Considerada a seguinte situação hipotética:

“O titular Pedro da Serventia, cadastrado como empregador no INSS vinculado ao respectivo CPF, recolhe o FGTS de seus escreventes e auxiliares durante quinze anos.

Com o falecimento de Pedro, a delegação fica vaga, sendo designado o substituto José para responder, temporariamente, pelo expediente do Cartório. Nesse período de vacância, o substituto recolhe o FGTS, depositando os valores na conta identificado pelo seu CPF durante quatro anos.

Por intermédio de nova delegação do Poder Público, João assume a delegação de titular da Serventia e passa a recolher o FGTS dos empregados, com base em seu cadastro de empregador junto ao INSS, por 10 meses, quando resolve demitir, sem justa causa, o escrevente e, ao solicitar o extrato na Caixa Econômica Federal referente ao FGTS, criada por ele, com seu CPF de empregador, DEPOSITA, a título de multa rescisória, apenas e tão somente o valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do FGTS depositado referente aos 10 últimos meses.

Pergunta-se:



FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

- (a) *Estará o escrevente, demitido sem justa causa, tolhido em seu direito constitucional à aplicação da multa rescisória incidente sobre o montante integral do FGTS recolhido no período, ou seja, computados sobre o FGTS recolhido nos dezenove anos anteriores à última titularidade da Serventia?*
- (b) *Em face do disposto nos artigos 17 e 19 da IN SRFB nº 971/2009, qual a melhor solução jurídica para a situação exemplificada acima, sem violar direitos adquiridos do trabalhador empregado, já que, com a nova sistemática, será criada nova conta do funcionário para cada titular/designado que responder pelos serviços da Serventia?*
6. *É possível concluir que a obrigatoriedade de recolhimento dos valores do FGTS e do INSS vinculados ao CNPJ da Serventia implica reconhecer personalidade jurídica ao Cartório e, por conseguinte, imputar-lhe responsabilidade pelos créditos previdenciários e trabalhistas, ou consubstancia tão somente um instrumento com escopo de facilitar os escreventes e auxiliares empregados, que continuam prestando serviços na Serventia mesmo com a transferência de sua titularidade, de exercer seus direitos perante a Secretaria da Receita Federal – esfera administrativa – bem assim perante o Poder Judiciário?*

Para responder aos quesitos formulados, é necessário, inicialmente, analisar a natureza da relação jurídica entre Cartório e escreventes e auxiliares, após breve exame da evolução legislativa da regulamentação de Serventias extrajudiciais no Brasil (Parte II).

94

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

Em seguida, será examinado o regime jurídico dos Cartórios e da responsabilidade do Estado com relação às atividades por eles prestadas, especialmente tendo em vista sua natureza de serviços públicos essenciais à população (**Parte III**).

Posteriormente, para compreensão do *status* assumido pelo Ofício na contratação de escreventes e auxiliares, é imprescindível estudar a figura do empregador no direito do trabalho, invocando-se seu conceito e suas diversas manifestações, com enfoque na figura da despersonalização do empregador (**Parte IV**).

Após tais considerações, será confrontado o instituto da sucessão trabalhista e responsabilidade, para envolver Cartórios e seus titulares, atuais e pretéritos. Não importam apenas dívidas derivadas dos contratos de trabalho de seus empregados – escreventes e auxiliares –, como o papel do Direito do Trabalho em vista do feixe de garantias constitucionais que conformam um sistema pleno a todos os empregados, não sujeito a lacunas e desvios a permitir regimes de exceções e discriminações odiosas em face de alguns trabalhadores (**Parte V**).

Finalmente, após as conclusões a respeito da matéria (**Parte VI**), passar-se-á à resposta dos quesitos formulados pelos prezados clientes (**Parte VII**).

NA

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

PARTE II. REGIME JURÍDICO DOS TRABALHADORES EM CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS

O vínculo jurídico entre titular de Cartório extrajudicial e seus prepostos e auxiliares tem peculiaridades, cujo exame é fundamental para melhor compreensão das complexas questões envolvidas no presente parecer.

As atividades notariais remontam à Antiguidade. As primeiras referências de registro formal de transações e declarações por escribas devem-se aos babilônios e ao governo de Hamurabi (2067 a.C. - 2025 a.C.)¹. Há registro de atividades notariais no tempo dos hebreus, usualmente desempenhadas por funcionário público. João Mendes de Almeida Jr. remete aos escribas o desenvolvimento embrionário das atividades notariais, cabendo-lhes, já no ano de 600 a.C., o recebimento e registro de documentos e atos por meio do selo público. Por volta de 450 a.C. organiza-se o *Talmud*, segundo o qual a força executiva de contratos dependia da intervenção dos escribas².

Os assírios, medos e persas também delegavam a funcionários públicos o registro de transações, sendo a pedra denominada *Kudurru* utilizada para registro e transmissão de imóveis, servindo de exemplo desse costume³.

¹ COTRIM NETO, A. B. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coord. Limongi França. Vol. 55. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 1 e ss.

² ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Órgãos da fé pública*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 5, 22 e ss.

³ MOUTEIRA GUERREIRO, J. A. *Noções de Direito Registral*, Coimbra: Ed. Coimbra, 1993, p. 14.

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

No Egito, após a proclamação da ampla liberdade de contratar pelo Rei Bochóris, no século VIII a.C., multiplicam-se os notários, cabendo-lhes produzir prova escrita dos negócios realizados. No século III a.C., já havia se desenvolvido significativamente a publicidade dos registros por meio dos *taminai*, funcionários públicos que elaboravam os *katagrafé*, documento destinado a formalizar contratos e determinar pagamento de imposto de transmissão e, na hipótese de construções, cabia ao *agoránomon* exigir certificado de registro a fim de verificar a legitimidade do vendedor para firmar tal negócio.

Entre os gregos, ao tempo de Aristóteles, competia também a funcionários públicos lavrar atos e contratos firmados por particulares, reproduzindo atos processuais e decisões judiciais, bem como mantendo documentos públicos e privados.

Em Roma, após o desenvolvimento do Império, dividiam-se tais atividades entre os *exceptores*, *actuarii* e *notarii*, cabendo a estes registrar os atos por notas. Dessas atividades surgem os *tabelliones*, sob o governo de Ulpiano. Nas Novelas, de Justiniano, verifica-se a proibição aos tabeliães de delegar a substitutos ou discípulos suas funções ou ainda a confecção de minuta dos referidos documentos, se o tabelião não estivesse presente⁴. Exceção à mencionada regra aplicava-se aos tabeliães de Constantinopla, os quais poderiam manter um substituto⁵. A referida regulamentação conferiu aos atos firmados pelos tabeliães a natureza de ato

⁴ Novela XLIV.

⁵ Novela XLIV, cap. I.

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

público – ainda que dependesse de confirmação, em juízo, quanto a aspectos formais e probatórios⁶.

Em Portugal, a primeira legislação referente ao tabelionato foi publicada em 1305, por meio dos Registros de Tabeliães. Anteriormente, a matéria encontrava-se submetida ao Direito Canônico, no qual desde o ano 98 havia regramento específico para as atividades dos notários (*notarii*), voltadas para funções clericais. Nas Ordenações de Dom Dinis, encontra-se proibição de os clérigos serem tabeliães, devendo tal função ser desempenhada por particulares, sendo atribuída a título de propriedade.

Enquanto as Ordenações Afonsinas não alteram significativamente a regulamentação anterior, as Ordenações Manuelinas determinam a pessoalidade na prestação dos serviços pelos tabeliães, sob pena de perda do ofício⁷. Por fim, com as Ordenações Filipinas, de 1604, os Ofícios passam a constituir efetiva propriedade dos tabeliães, os quais ainda eram nomeados pelo próprio rei, devendo atuar no Paço, até o século XVIII. Sem prejuízo, permanece a vinculação dos escrivães e de seus prepostos – denominados escreventes – ao Estado, a quem inclusive incumbia remunerá-los, conforme dispunha o item VI, da Lei de 07.06.1605, e o §22, da Lei de 06.12.1612.

No Brasil, no período colonial, inicialmente aplicou-se essa regulamentação. Mesmo assim, era comum a utilização indiscriminada de ajudantes pelos tabeliães na então colônia portuguesa.

⁶ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Órgãos da fé pública...*, Op. cit., p. 26.

⁷ Ordenações Manuelinas, Título LIX, item 34.

gfb

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

Tal prática, antes clandestina, acabou sendo regulamentada pelo Decreto de 16.01.1819, que formalizou as condições para o exercício de atos pelos referidos ajudantes.

Com a independência do Brasil, D. Pedro I editou a Lei de 11.10.1827, determinando o fim da natureza de propriedade de tais Ofícios, passando a conceder apenas a título vitalício, cabendo aos tabeliães exercer efetiva função pública⁸. Essa condição permaneceu com a publicação do Decreto nº 834, de 02.10.1851, o qual se refere aos tabeliães como empregados públicos, inclusive sujeitos à correição⁹.

Coube ao Decreto nº 3.453, de 26.04.1865, regulamentar a contratação de ajudantes dos tabeliães, bem como a denominação de sub-oficial aos referidos escreventes juramentados¹⁰.

O Decreto nº 9.420, de 28.04.1885, manteve a vedação da concessão de tais funções a título de propriedade, impondo seu provimento por meio de concurso público. Por sua vez, regulou a contratação de ajudantes, cujas condições de trabalho e remuneração seriam livremente estabelecidas pelo tabelião.

Com a proclamação da República, em 1889, coube à Lei Estadual nº 18, de 21.11.1891, a Organização Judiciária do

⁸ Nesse sentido, a referida Lei de 11.10.1827 utiliza expressões como “serventuário vitalício” e “Serventia vitalícia”, em seus artigos 3º, 4º, 6º e 7º.

⁹ Cf. Art. 10 e 25, do Decreto nº 834, de 02.10.1851.

¹⁰ Cf. Art. 11, do Decreto nº 3.453, de 26.04.1865. O Decreto nº 4.824, de 22.11.1871, e o Decreto nº 5.738, de 02.09.1874, mantiveram a mesma orientação, permitindo a contratação de ajudantes, porém permanecendo a responsabilidade do tabelião quanto às informações lavradas.

7/

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

Estado de São Paulo. Segundo esse diploma legal, os tabeliães e escrivães¹¹ encontravam-se entre os auxiliares das autoridades judiciais, espelhando-se em linhas gerais nas determinações do Decreto nº 9.420/1885.

Assim, competia ao presidente do Tribunal de Justiça do Estado a proposta, mediante concurso prévio, para provimento dos Offícios¹². Os vencimentos dos referidos serventuários passaram a depender de verba votada pelo Poder Legislativo¹³, sendo assegurada a vitaliciedade aos empregados e serventuários da justiça que a tivessem adquirido por força de leis anteriores¹⁴. Tais determinações apenas reforçaram a vinculação entre o desempenho dessas funções e o Poder Público, porém mantendo-se a possibilidade de os tabeliães contratarem escreventes.

A Constituição Federal de 1891 delegou à União a competência para regulamentar a Justiça Federal¹⁵, relegando aos Estados a organização da Justiça Estadual e, conseqüentemente, de seus órgãos auxiliares. Assim, no Distrito Federal, foi instalado o Ofício privativo do registro facultativo de título, segundo o qual os escreventes e auxiliares seriam admitidos e dispensados livremente pelo Oficial do registro¹⁶.

Com fundamento na Constituição de 1891, o Decreto Presidencial nº 16.273, de 20.12.1923, regulamentou a Organização Judiciária da Guanabara. Entre outras medidas, determinou a

¹¹ Cf. Art. 7º, II, *a*, da Lei Estadual nº 18, de 21.11.1891.

¹² Cf. Art. 58, da referida Lei Estadual nº 18/1891.

¹³ Cf. Art. 59, da Lei Estadual nº 18/1891.

¹⁴ Cf. Art. 86, da Lei Estadual nº 18/1891.

¹⁵ Cf. Art. 55, Constituição Federal de 1891.

¹⁶ Cf. Lei nº 973/1903, regulamentada pelo Decreto nº 4.775/1903.

ef

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

contratação de tabeliães de notas, oficiais de protesto, de registro de imóveis e de títulos e documentos como funcionários públicos, nomeados pelo Presidente da República, além de regulamentar suas atividades. O referido Decreto não fazia referência a escreventes nem a seus auxiliares, permanecendo sua contratação a cargo do Oficial encarregado do respectivo registro.

Com o Decreto nº 18.542, de 1928, mais uma vez regulamentou-se a Organização Judiciária do Distrito Federal, determinando as condições para nomeação de oficiais. Foram privilegiados os bacharéis ou doutores de direito ou os escreventes com quatro anos de prática. Além disso, cabia ao Ministro da Justiça, mediante proposta dos serventuários, nomear escreventes, que poderiam ser dispensados sem justa causa¹⁷.

Em São Paulo, o Decreto nº 5.129, de 23.07.1931, disciplinava a nomeação e dispensa, bem como as prerrogativas dos escreventes habilitados, regulando a respectiva função pública. Assim, cabia ao juiz nomear e determinar o número de escreventes – e não mais ao titular do registro.

Dessa forma, passou-se ao Poder Judiciário a prerrogativa envolvendo lotação e número de escreventes. Mais ainda, a dispensa do escrevente dependia de autorização prévia do juiz, concedida apenas se provada sensível diminuição da renda do Cartório¹⁸. Ainda assim,

¹⁷ Cf. Art. 351, do Decreto nº 18.542, de 1928.

¹⁸ Cf. Art. 1º, §2, do Decreto nº 5.129, de 23.07.1931.

14

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

seriam dispensados aqueles com menos tempo de serviço, hipótese em que era garantida indenização equivalente a três meses de vencimentos.

Foi fixado período probatório de um ano, além da faculdade de inscrição na Caixa Beneficente dos Funcionários Públicos, nas mesmas condições dos oficiais, cabendo ao Secretário da Justiça fixar os vencimentos dos escreventes.

Por outro lado, o artigo 21, do referido Decreto nº 5.129/1931, autorizava os Oficiais a contratar livremente praticantes e fiéis, distinguindo-os dos escreventes. Estes não se subordinavam ao Oficial, mas à própria Serventia organizada, como efetiva função pública que desempenhavam, enquanto os demais auxiliares permaneciam subordinados ao próprio Oficial, a quem cabia determinar as condições da prestação do serviço.

Com a Constituição de 1934, de curta vigência, coube ao Decreto Estadual nº 6.697-A, de 21.09.1934, adequar as disposições do Decreto nº 5.129/1931, como a estabilidade dos escreventes após dez anos de serviço, indenizações devidas na hipótese de dispensa, férias, fixação de vencimentos, inscrição obrigatória na Caixa Beneficente dos Funcionários Públicos do Estado, entre outras.

Com o advento da Carta de 1937, o Decreto nº 4.857, de 9.11.1939, regulamentou de forma extensiva a organização dos registros no país, sem prejuízo da competência dos Estados para determinar a forma de nomeação dos oficiais.

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

O Decreto Estadual nº 12.520 manteve a nomeação pelo governador. Entretanto, um terço das vagas deveria ser preenchido por livre escolha deste, um terço mediante escolha com base em lista tríplice elaborada pelos serventuários e o restante a partir de lista elaborada por meio de concurso de títulos de escreventes habilitados. Dessa forma, reforçou-se a existência de efetiva carreira, com possibilidade de progressão mediante promoção às funções de escrevente e serventuário¹⁹.

Com a Constituição Federal de 1946, foi mantida a regulamentação de registros, garantida a vitaliciedade dos oficiais²⁰, bem como a estabilidade dos extranumerários desde que há mais de cinco anos na função ou em virtude de concurso ou prova de habilitação, equiparando-os aos funcionários para efeito de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias²¹.

Por força das referidas disposições, o legislador garantiu estabilidade não apenas aos escreventes, como aos auxiliares com função permanente nos registros há mais de cinco anos, passando a integrar os quadros dos servidores públicos.

Assim, a Carteira de Aposentadoria dos Servidores da Justiça, criada em 1949, determinou a inscrição obrigatória dos escreventes, dos fiéis e auxiliares dos registros, ainda que estes não

¹⁹ Com efeito, referido Decreto Estadual estabeleceu verdadeira progressão em "carreira pública" nos ofícios extrajudiciais, por meio de nomeação (auxiliares para escreventes) ou concurso (escreventes para serventuários). Enquanto a primeira progressão não foi regulada pelo Decreto, em relação à segunda, no entanto, 1/3 das vagas de serventuários (titulares de cartório) seriam preenchidas mediante concurso entre escreventes habilitados.

²⁰ Cf. Art. 187, da Constituição Federal de 1946.

²¹ Cf. Art. 23, das disposições transitórias, da Constituição Federal de 1946.

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

recebessem vencimentos dos cofres públicos²², assegurando-lhes, ainda, aposentadoria. Tanto se vinculavam os auxiliares ao Estado, que cabia ao juiz corregedor-permanente a fiscalização do exercício das funções pelos serventuários, escreventes e demais auxiliares dos registros.

Por fim, a Lei Estadual nº 819, de 31.10.1950, do Estado de São Paulo, dissipou qualquer dúvida remanescente quanto à vinculação dos oficiais, escreventes e auxiliares a funções públicas. Determinou expressamente seu enquadramento como funcionários públicos, criando carreira única, com acesso e promoção mediante concurso. Dessa forma, consolidou-se a carreira de funcionários públicos civis, remunerados pelos cofres públicos, englobando serventuários, escreventes, auxiliares e fieis.

Com a Constituição Federal de 1967, embora cassado o privilégio da vitaliciedade dos oficiais nomeados após sua promulgação, foi reconhecida a estabilidade própria de funcionários públicos quando nomeados por concurso, após dois anos. Tal garantia foi assegurada, ainda, aos servidores já contratados e na função há mais de cinco anos à época da promulgação da Constituição. Durante sua vigência, foi sancionada a Lei Estadual nº 9.858, de 4.10.1967, que reorganizou a Carteira das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado de São Paulo, vinculada ao Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – IPESP. Para tanto, era obrigatória a contribuição de todos os servidores dos registros, mediante desconto em folha de salário dos valores correspondentes. Contava-se como tempo de serviço público para efeito de aposentadoria aquele prestado em Cartório como fiel, auxiliar, escrevente

²² Decreto nº 19.365, de 20.04.1950.

cf

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

ou serventuário. Com isso, reforçou-se a caracterização dos escreventes e auxiliares como funcionários públicos *lato sensu*.

No mesmo sentido, a Lei Estadual nº 10.219, de 12.09.1968, ao instituir o Código Judiciário do Estado de São Paulo, manteve a competência dos corregedores de aplicar sanções disciplinares aos serventuários, escreventes, fieis, porteiros e oficiais de justiça, bem como reiterou a garantia dos escreventes e auxiliares com mais de cinco anos de serviço, podendo apenas ser dispensados na hipótese de sensível diminuição de renda da Serventia ou por falta grave²³. Para os com menos de cinco anos, a dispensa poderia ocorrer sem justificativa, com direito a um salário por ano de serviço prestado ou fração superior a seis meses²⁴. Tais disposições foram mantidas no Código Judiciário, aprovado pelo Decreto Estadual nº 3, de 27.08.1969.

No Estado de São Paulo, ainda, segundo o Decreto nº 5.129/31 e o Decreto-lei nº 159/69 (este, revogado pela Lei Complementar nº 539/88, ainda em vigor), auxiliares de Cartórios extrajudiciais só poderiam iniciar suas atividades depois do arquivamento, na Corregedoria Geral de Justiça, de cópia de seus contratos de trabalho e respectiva terminação.

Dessa maneira, atesta-se o regime estatutário a que estavam sujeitos os auxiliares, conforme cláusula expressa contida no contrato e respectivo instrumento de ruptura.

²³ Cf. Parágrafo único, do art. 236, da Lei Estadual nº 10.219, de 12.09.1968.

²⁴ Cf. Art. 246, da Lei Estadual nº 10.219, de 12.09.1968.

40

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AÍDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

Por seu turno, o Decreto-lei Complementar nº 3/69 (Código Judiciário do Estado de São Paulo) – combinado com a Resolução nº 1/71, do Tribunal de Justiça – estabeleceu o regime disciplinar do pessoal dos Offícios ou Cartórios *não-oficializados* da Justiça do Estado, dispondo, entre outras matérias, sobre:

- A) composição das Serventias, formadas por serventuários, escreventes e auxiliares;
- B) fixação, pelo Juiz Corregedor Permanente, do número de escreventes e auxiliares, ouvido o serventuário;
- C) ajuste dos salários de serventuários, escreventes e auxiliares, segundo critérios fixados em Provimento da Corregedoria Geral da Justiça, homologado pelo Juiz Corregedor Permanente a que estivesse subordinada a Serventia;
- D) procedimentos concernentes a exames e provas de admissão dos escreventes, seguidos de processo público de habilitação perante o Juiz Corregedor Permanente, ocasião em que o escrevente habilitado prestaria compromisso;
- E) admissão de auxiliares pelos serventuários, com aprovação do Juiz Corregedor Permanente;
- F) exoneração dos escreventes por Portaria do Juiz Corregedor Permanente, homologada pela Corregedoria Geral da Justiça;
- G) dispensa sem justa causa de escreventes e auxiliares com menos de 5 (cinco) anos de exercício na Serventia, assegurada indenização correspondente ao aviso prévio e 1

44

20

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

- (um) mês de salário por ano de serviço ou fração superior a 6 (seis) meses;
- H) estabilidade do escrevente e do auxiliar com mais de 5 (cinco) anos de efetivo exercício, salvo se comprovada sensível diminuição de renda, assegurada a mesma indenização;
- I) promoção de escreventes e auxiliares, desde que com mais de 5 (cinco) anos na função;
- J) atribuições dos auxiliares nas Serventias, tais como a de datilografia, escrituração de livros de carga, protocolo de papéis, entre outras;
- K) forma de nomeação do oficial maior (substituto), cuja atribuição é substituir o titular da serventia em suas ausências e impedimentos, e praticar, simultaneamente com ele, os atos que lhe competirem;
- L) destituição do oficial maior (pelo serventuário, por proposta do Juiz Corregedor Permanente encaminhada à Corregedoria, ou por determinação de ofício do Corregedor).

Ademais, a Lei Estadual nº 10.393/70 reorganizou a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, vinculando-a à administração do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – IPESP.

A Resolução nº 2, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de 15.12.1976, regulamentou o Regime das Serventias, determinando a faculdade do serventuário de contratar

EF

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

auxiliares. As despesas decorrentes – bem como aquelas relativas a serviços de limpeza, copa, vigilância e semelhantes – constituíam encargos da Serventia.

Assim, até a promulgação da Constituição da República de 1988, manteve-se a condição de funcionários públicos extranumerários dos escreventes e auxiliares, contratados sem necessidade de concurso público – ainda que mediante aprovação por parte do Poder Judiciário – e sem criação de função específica, submetidos a estatuto próprio. Dessa forma, até a Constituição de 1988, escreventes e auxiliares contratados ostentavam um dos seguintes regimes:

- (i) estatutário. Submetia-se a regras próprias do Estado, seja às relativas às condições para o exercício de funções públicas, seja às obrigações e direitos dos trabalhadores vinculados a tais funções, denominados funcionários públicos;
- (ii) trabalhista. Submetia-se à legislação do trabalho, em especial à CLT, regime que submetia o Estado às mesmas condições previstas para os particulares;
- (iii) especial ou administrativo. Era previsto por lei especial, na forma do artigo 109, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Tratava-se de regime próprio para servidores contratados em caráter temporário ou para funções técnicas especializadas, não se submetendo aos Estatutos nem à CLT, mas a normas específicas.

af

22

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

A Constituição da República de 1988 rompe com esse sistema, deixando de indicar os serviços notariais entre as funções essenciais da Justiça, e, nas disposições transitórias, transfere ao Poder Legislativo Federal a regulamentação de suas atividades²⁵.

A investidura em cargo ou emprego público passa a depender estritamente de aprovação em concurso público²⁶. Porém, o legislador constituinte reconheceu a estabilidade dos servidores que contassem, na data da promulgação da Constituição, com cinco anos de serviço, ainda que não admitidos por concurso²⁷.

Finalmente, nos termos do artigo 236, da Constituição da República de 1988, o exercício da atividade notarial no Brasil passou a ser privado, dependendo seu ingresso de concurso público.

Em consequência, em 05.10.1988, apresentava-se o seguinte cenário:

a) não era mais possível contratar pessoal pelo regime extranumerário ou especial;

²⁵ "Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 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. § 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. § 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer Serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses." (Constituição da República de 1988).

²⁶ Cf. Art. 37, inc. II, da Constituição da República de 1988.

²⁷ Cf. art. 19, do ADCT da Constituição da República de 1988.

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

- b) os trabalhadores contratados como extranumerários até 16.10.1969 permaneceram estatutários, equiparados a funcionários públicos com estabilidade;
- c) os trabalhadores contratados entre 17.10.69 e 04.10.83 permaneceram como servidores públicos em regime especial, com estabilidade;
- d) os trabalhadores contratados entre 05.10.83 e 04.10.88 permaneceram como servidores públicos em regime especial, sem direito à estabilidade;
- e) os trabalhadores contratados a partir de 05.10.88 passaram a ser regidos pela CLT, sem direito à estabilidade.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, o regime jurídico dos Cartórios extrajudiciais foi objeto da Lei nº 8.935/94. Assim, mesmo permanecendo os Cartórios extrajudiciais como propriedade do Estado, tal atividade pública passa a ser delegada, por meio de concurso público, a particulares que, por seu desempenho, recebem emolumentos, nos termos estabelecidos pela legislação estadual²⁸. Na hipótese de vacância do Ofício – por aposentadoria, morte ou perda da delegação pelo titular – cabe ao Corregedor Geral da Justiça nomear substituto que assumirá, interinamente, o respectivo serviço, abrindo-se concurso em seguida²⁹.

²⁸ No Estado de São Paulo os emolumentos encontram-se regulados pela Lei Estadual nº 11.331, de 26 de dezembro de 2002.

²⁹ Cf. Art. 39, §2º, da Lei nº 8.935/94.

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

Quanto aos aspectos relacionados à contratação de prepostos, o artigo 20, da referida Lei nº 8.935/94, facultou aos notários e oficiais a contratação de escreventes e auxiliares como empregados, submetidos à legislação do trabalho³⁰. Aos escreventes e auxiliares em atividade por ocasião da publicação da referida Lei, aplicou-se-lhes regra de transição, segundo a qual os serventuários poderiam contratar os escreventes e auxiliares por meio de investidura estatutária ou regime da legislação trabalhista, mediante opção expressa dos escreventes e auxiliares, no prazo improrrogável de trinta dias da publicação da referida lei. Se houvesse opção pela legislação trabalhista, o tempo de serviço anterior seria integralmente contado para todos os fins; caso contrário, permaneceriam submetidos às normas aplicáveis aos funcionários públicos ou ao Tribunal de Justiça, sendo vedadas novas admissões sob qualquer desses regimes³¹.

Assim, parte das disposições pertinentes aos escreventes e auxiliares contratados sob o regime especial ou estatutário foi

³⁰ "Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho. § 1º Em cada serviço notarial ou de registro haverá tantos substitutos, escreventes e auxiliares quantos forem necessários, a critério de cada notário ou oficial de registro. § 2º Os notários e os oficiais de registro encaminharão ao juízo competente os nomes dos substitutos. § 3º Os escreventes poderão praticar somente os atos que o notário ou o oficial de registro autorizar. § 4º Os substitutos poderão, simultaneamente com o notário ou o oficial de registro, praticar todos os atos que lhe sejam próprios exceto, nos tabelionatos de notas, lavrar testamentos." (Lei nº 8.935/94). No Estado de São Paulo, a Lei Estadual nº 12.227, de 12 de janeiro de 2006, regulamentou a organização dos serviços notariais e registros, determinando, em seu artigo 63 que: "Art. 63. Continuam regidos pelo regime especial de trabalho previsto no Código de Organização Judiciária do Estado, os funcionários que haviam sido admitidos nesse regime antes da edição da Lei Federal n. 8935, de 18 de novembro de 1994, que não optaram pelo regime da legislação do trabalho, conforme disposto no artigo 48 da referida Lei".

³¹ "Art. 48. Os notários e os oficiais de registro poderão contratar, segundo a legislação trabalhista, seus atuais escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial desde que estes aceitem a transformação de seu regime jurídico, em opção expressa, no prazo improrrogável de trinta dias, contados da publicação desta lei. § 1º Ocorrendo opção, o tempo de serviço prestado será integralmente considerado, para todos os efeitos de direito. § 2º Não ocorrendo opção, os escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial continuarão regidos pelas normas aplicáveis aos funcionários públicos ou pelas editadas pelo Tribunal de Justiça respectivo, vedadas novas admissões por qualquer desses regimes, a partir da publicação desta lei." (Lei nº 8.935/94).

g/f

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

recepcionada pelo novo ordenamento jurídico, especialmente quando não tiverem optado pelo regime da CLT. Nesse sentido, no âmbito do Estado de São Paulo, e.g., manteve-se, para tais escreventes e auxiliares, a aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos, pelo exercício de emprego público, permanecendo seus prontuários funcionais na Corregedoria Geral da Justiça.

Da mesma maneira, manteve-se o vínculo estatutário dos oficiais maiores (substitutos) admitidos anteriormente à Lei nº 8.935/94, os quais reassumem a posição de escreventes e auxiliares anterior à promoção – até porque referido diploma não permitiu a opção pelo regime celetista.

Por fim, reconhecendo a pluralidade de regimes de contratação de escreventes e auxiliares em Cartórios extrajudiciais, o Ministério do Trabalho e Emprego, no âmbito da Fiscalização do Trabalho, publicou o Precedente Administrativo nº 39, aprovado pelo Ato Declaratório nº 4, de 21 de fevereiro de 2002:

*“PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Nº 39.
EMPREGADOS EM TABELIONATOS.
NATUREZA JURÍDICA DO VÍNCULO. É de
natureza celetista o vínculo dos empregados em
tabelionatos contratados após a edição da Lei nº
8.935, de 18 de novembro de 1994, bem como o
dos servidores admitidos antes da Constituição
Federal de 1988 em regime estatutário ou
especial que tenham feito opção expressa pelo*

ff

26

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

regime" (REFERÊNCIA NORMATIVA: Art. 236 da Constituição Federal de 1988, Art. 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997, Lei nº 9.812, de 10 de agosto de 1999).

Assim, respeitados os regimes jurídicos peculiares dos empregados contratados até o advento da Constituição da República de 1988 e após a publicação da Lei Federal nº 8.935/94, escreventes e auxiliares contratados para desempenhar atividades em Cartórios extrajudiciais submetem-se à legislação do trabalho, de acordo com a CLT.

PARTE III. SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO: NATUREZA JURÍDICA E RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS ATOS DOS SERVENTUÁRIOS

A) Natureza jurídica dos serviços notariais e de registro não-oficializados³²

A Constituição da República de 1988 regula os serviços notariais e de registro mediante regime jurídico próprio, cujo alcance vem gerando diversos debates³³. No âmbito doutrinário, indaga-se qual a natureza jurídica dessas atividades, se de função estatal, serviço

³² O presente estudo examina tão somente as Serventias não-oficializadas, conforme disposto no art. 236, da Constituição da República de 1988.

³³ Examine-se, por exemplo, o debate que chegou ao Supremo Tribunal Federal, sobre aplicação da aposentaria compulsória aos serventuários e natureza jurídica dos valores (emolumentos) por eles cobrados para registro dos atos.

ff

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AÍDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

público ou atividade privada. Muito além do mero debate teórico, identificar a natureza jurídica das atividades enseja consequências diversas, especialmente envolvendo os delegatários dos serviços notariais e de registro e o Poder Público. Não seria adequado, no estreito espaço desse parecer, sedimentar tais discussões, apenas examinar objetivamente a natureza jurídica das atividades notariais e de registro, tal como delineadas pelo Texto Constitucional, para ao final identificar se existe ou não responsabilidade civil do Estado pelos atos praticados pelos serventuários (titulares de Cartórios extrajudiciais).

O art. 236, *caput*, da Constituição da República de 1988, dispõe sobre os serviços notariais e de registro. Da leitura do referido dispositivo tiram-se ao menos duas conclusões fundamentais para o entendimento de sua natureza jurídica: (i) devem ser delegados pelo Poder Público, por meio de concurso público; e (ii) são exercidos em caráter privado.

Ora, se os serviços notariais e de registro devem ser delegados pelo Poder Público, é razoável concluir que são **típicas atividades públicas**, sendo sua execução delegada, por meio de concurso, a terceiro, que passará então a exercê-los em caráter privado.

Com efeito, como é cediço, a finalidade dos serviços notariais e de registro é conferir segurança e publicidade a fatos e declarações, conferindo efeitos jurídicos aos atos³⁴. Possuem clara

³⁴ Em termos técnicos, serviços notariais e de registro podem ser assim definidos: “Serviço notarial é a atividade de servidor público, autorizado por lei, de redigir, formalizar e autenticar, com fé pública, instrumentos que consubstanciam atos jurídicos extrajudiciais de interesse dos solicitantes (...). Serviços de registro dedicam-se, como regra, ao assentamento de títulos de interesse privado ou público, para

CF

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

relevância pública, na medida em que se destinam a “*garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos*” (art. 1º, Lei nº 8.935/94). Tanto essa é a essencialidade de tais atividades que alguns atos de vontade, para adquirirem efeitos jurídicos, delas dependem, como transferência da propriedade de imóveis (cf. art. 1245, do Código Civil) e casamento (cf. art. 1511 e ss., do Código Civil).

Também em decorrência de sua relevância jurídica é que o art. 236, § 1º, da Constituição, dispõe sobre fiscalização dos serviços notariais e registrais pelo Poder Judiciário. Caberá a este órgão assegurar que a prestação dos serviços está em conformidade com as necessidades coletivas, especialmente no tocante a sua qualidade e eficiência.

Além disso, os serventuários deverão prestar os serviços de forma contínua e eficiente. Segundo a Lei nº 8.935/94, o atendimento nas Serventias deverá ocorrer em horários adequados e por tempo mínimo, inclusive mediante plantões nos fins de semana e feriados, conforme estabelecido pelo órgão do Poder Judiciário competente (art. 4º e parágrafos).

É certo que a relevância pública de determinada atividade não a aloca, por si só, na titularidade estatal. Cada vez mais surgem atividades econômicas tipicamente privadas que, no entanto, guardam grande relevância pública. Entretanto, a Constituição da

garantir oponibilidade a todos os terceiros, com a publicidade que lhes é inerente, garantindo, por definição legal, a segurança, a autenticidade e a eficácia dos atos da vida civil a que se refram.” (CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e dos Registradores Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 22-23).

2/11

29

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

República apontou outras características que permitem concluir, de forma inequívoca, pela sua natureza de atividade típica estatal.

Assim, quando a Constituição faculta ao Poder Público delegá-las, é razoável concluir – ainda que por meio de leitura apressada do dispositivo constitucional – que é dele a titularidade dessas atividades. Ora, como é curial, só se pode delegar aquilo que se tem – conforme a expressão jurídica em latim “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*”, ou seja, *ninguém pode conferir a outrem mais direito do que tem*. No caso, é dizer que, se as atividades notariais não fossem de titularidade do Estado, a Constituição não poderia determinar que este as delegasse. Ou, dito de outro modo, como o legislador constituinte determinou que o Estado delegasse os serviços notariais a terceiros, assim o fez porque tais serviços são de titularidade estatal.

Como se vê, a delegação foi opção do constituinte: o Estado poderia exercer diretamente essas atividades – como ocorre, aliás, em outros países³⁵ –, mas optou por delegar sua execução – e não a própria titularidade, convém destacar desde já – aos particulares interessados. Tanto é assim que a Lei nº 8.935/94 conceitua os notários e tabeliães como aqueles a quem é delegado o *exercício* das atividades notariais e de registro (cf. art. 3º). Na lição de Walter Ceneviva, em estudo específico sobre a citada lei,

³⁵ Sobre análise de outros modelos de execução desses serviços, ver BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. **Responsabilidade Civil do Estado Decorrente de Atos Notariais e de Registro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57 e ss.

2A

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

*“Para o direito administrativo, o ato de delegar consiste em atribuir atividade própria da administração a ente privado (pessoa natural ou jurídica) ou público. O Estado pode assentar instrumentos públicos ou, em circunstâncias especiais previstas em lei, outorgar igual direito a entes privados (...). Pode realizar registros públicos (como o faz no registro de comércio) ou transferi-los a particulares, consoante orientação também adotada em outros países”.*³⁶

Ora, se cabe ao Estado delegar serviços de notas e registros, conforme disposição constitucional, daí decorre logicamente que tais atividades são tipicamente estatais.

O fato de a Constituição apontar que os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privado não contradiz a conclusão de que se trata de atividade estatal. Segundo o dispositivo constitucional, uma vez delegadas a particular, essas atividades passarão a ser exercidas por sua conta própria, num regime privado que, ainda assim, está submetido à regulamentação e fiscalização do delegante.

Pelo “caráter privado” especificado pela Constituição da República, as atividades devem ser exercidas por conta e risco do particular que se propõe a executá-las – tal como ocorre, aliás, com os serviços públicos: embora de titularidade do Poder Público, podem ser

³⁶ CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários...* Op. cit., p. 29.

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

delegados a particulares. Esses passarão a prestá-los por sua conta e risco, não se podendo concluir a partir daí que se trata de atividades privadas.

Ao se invocar a concessão ou permissão de serviços públicos, não se cogita defender que, uma vez delegados à iniciativa privada os serviços de saneamento básico, energia elétrica, saúde, rodovias, ferrovias etc., deixam de se enquadrar como serviços públicos, transformando-se em serviços privados. Embora sua execução seja delegada a particulares, a titularidade estatal – e os interesses coletivos a serem alcançados com tais serviços – permanece intacta, exatamente como ocorre quando se delegam as atividades de notas e registro.

Ainda para destacar a titularidade estatal, o valor cobrado pelos Cartórios não corresponde a preço privado, mas sim a tributo, da espécie taxa de polícia, nos termos do art. 145, II, da Constituição da República de 1988³⁷. Nesse sentido, há jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual os emolumentos cobrados em razão do exercício das atividades notariais e de registro correspondem à taxa cobrada em razão da prestação efetiva de serviços públicos divisíveis. Cite-se trecho da ementa da ADI-MC 1378:

“(…) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas

³⁷ “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: 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”.

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se, em consequência, quer no que concerne à sua instituição e majoração, quer no que se refere à sua exigibilidade, ao regime jurídico-constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado (...)" (Relator Min. Celso de Mello - Tribunal Pleno - j. 30/11/1995 - DJ 30/05/1997) ³⁸.

Como facilmente se depreende, as atividades serventuárias podem ser consideradas como serviços públicos em sentido amplo: atividades estatais destinadas a oferecer à população utilidade de relevância pública. Por opção do constituinte, tais serviços devem ser prestados não diretamente pelo Estado, mas sim por particulares delegatários seus, escolhidos mediante prévio concurso público. Por outro lado, a característica pública dessas atividades é firmemente convalidada pela doutrina e jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, as quais, embora diverjam sobre a exata natureza desses serviços (conforme será examinado em seguida), não hesitam em qualificá-los como atividades estatais – ainda que prestados por particulares, em caráter privado. Na esteira do que decidiu o Supremo Tribunal Federal,

"A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de Serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um

³⁸ Também nesse sentido, ver: ADI 3643, ADI 2129 e ADI 2059.

CF

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

regime estrito de direito público. A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada 'em caráter privado, por delegação do poder público' (CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa" (STF, ADI 1378 MC)³⁹.

Se por certo têm natureza de atividade pública, há certa confusão sobre como, exatamente, os serviços notariais e de registro se enquadram, ora como funções estatais, remetendo-se às atividades nucleares do Estado, ora como serviços públicos em sentido amplo, direcionando-se para a questão da prestação de utilidades materiais.

Enquanto a doutrina parece aproximar as atividades notariais e de registro às funções estatais⁴⁰, a jurisprudência do

³⁹ A título meramente exemplificativo, mencionem-se ainda os seguintes acórdãos que consignaram o caráter público dos serviços serventuários: ADI 3643, ADI 2602, ADI 3151, RE 255124, RE-AgR 209354, ADI 2602 e RE-AgR 551156.

⁴⁰ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, discorrendo sobre os servidores públicos, diferencia os serventuários dos concessionários de serviços públicos: "Por outro lado, ao se considerarem os tabeliães e escrivães, titulares de ofício público, como delegados de atividade jurídica do Estado, não se dá com isso a sua equiparação aos delegados de encargos públicos, ou melhor, aos concessionários de obras e serviços públicos. Ambos recebem do Estado delegação para exercer em nome e conta própria, atividades próprias do Estado, mas de natureza absolutamente distinta, como sejam as de ofício público, que envolvem o exercício de atividade ou de efeitos jurídicos, e as de empresa pública, mediante concessão de obra ou serviço, em que efetivam a prestação de atividade material, de comodidade oferecida ao público. Por isso, os concessionários se organizam, em empresas ou sociedades comerciais ou civis e aqueles, em princípio, não podem isso fazer." (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Volume II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 368). Para Celso Antônio Bandeira de Mello, as atividades notariais e de registro são funções públicas, típicas atividades administrativas (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registros e para delegação de provimento desses serviços". **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, nº 47, p.197-212, jul./dez. 1999). Também no sentido de que seriam atividades típicas da administração se posiciona Walter Ceneviva (**Lei dos Notários....** Op. cit., p. 29) e Dinorá Adelaide Musetti Grotti (**O Serviço Público e a Constituição Brasileiro de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 112). Para Fernando Herren Aguillar, trata-se de atividades impróprias, uma vez que não podem ser enquadradas como função pública (atividades que devem ser exercidas pelo Estado), serviços públicos em sentido estrito (atividades de titularidade estatal) ou atividades econômicas

AF

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

Supremo Tribunal Federal ora ressalta seu caráter econômico⁴¹ – aproximando-as dos serviços públicos em sentido estrito –, ora sua natureza de típicas atividades estatais, com regime diverso ao aplicável aos serviços públicos⁴².

Tais divergências decorrem da inegável peculiaridade das atividades serventuárias⁴³, conjuntamente com a difícil

desempenhadas pelo Estado (AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social dos Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 154-155). Por fim, o jurista Sergio de Andrea FERREIRA diverge sobre o assunto, defendendo que os serviços notariais e registrais devem ser enquadrados como atividades profissionais reguladas pelo Estado (“Serviços de registro de distribuição. Regime jurídico. Art. 263 e parágrafos da Constituição Federal”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, nº 381, set./out., 2005).

⁴¹ Exemplificativamente, aponte-se que na ADI 2602 (Tribunal Pleno – j. 24/11/2005 – DJ 31/03/2006), o Tribunal consigna que são **serviços públicos não-privativos**, enquanto que na ADI 1800 (Tribunal Pleno – j. 11/06/2007 – DJe 27/09/2007) firmou-se que são atividades **análogas à atividade empresarial**, embora sujeitas a um regime de direito público.

⁴² Nesse sentido convém mencionar a ADI 3151 (Tribunal Pleno – j. 08/06/2005, DJ 28/04/2006), na qual o Relator Min. Carlos Britto arrolou algumas características para diferenciar as atividades serventuárias dos serviços públicos. Cite-se trecho da ementa do acórdão: “*Ementa: (...) II - Regime jurídico dos serviços notariais e de registro: a) trata-se de atividades jurídicas próprias do Estado, e não simplesmente de atividades materiais, cuja prestação é traspassada para os particulares mediante delegação. Traspassada, não por conduto dos mecanismos da concessão ou da permissão, normados pelo caput do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos; b) a delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais; c) a sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma empresa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público; d) para se tornar delegatária do Poder Público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos, não por adjudicação em processo licitatório, regrado pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público; e) são atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Por órgãos do Poder Judiciário é que se marca a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às relações inter-partes, com esta conhecida diferença: o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das Serventias extra-forenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito; f) as atividades notariais e de registro não se inscrevem no âmbito das remuneráveis por tarifa ou preço público, mas no círculo das que se pautam por uma tabela de emolumentos, jungidos estes a normas gerais que se editam por lei necessariamente federal.*”

⁴³ Sobre as dificuldades em se definir a natureza jurídica das atividades notariais, Hercules Alexandre da Costa Benício aduz que “(...) por se situarem em zona fronteira 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.” (BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. **Responsabilidade Civil do Estado**. Op. cit., p. 164).

fp

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

tarefa de se definir o conceito concernente às funções estatais e aos serviços públicos.

Atualmente, diferenciam-se dois grandes blocos de serviços públicos: (i) aqueles desprovidos de conteúdo econômico, sendo executados pelo Estado por meio da cobrança de tributos (impostos, sem vinculação, e taxas, com vinculação), e (ii) aqueles com conteúdo econômico, e que podem ser explorados tanto pela iniciativa privada (por meio de concessão ou permissão do Estado), quanto excepcionalmente pelo Estado (por meio de suas empresas estatais)⁴⁴.

Assim, por um lado, as atividades notariais e registras se aproximam de típicas atividades estatais (administrativas e auxiliares à função jurisdicional), serviços públicos em sentido amplo, sendo inclusive remuneradas mediante cobrança de taxa, conforme ocorre com os chamados serviços públicos não-econômicos. Por outro, contudo, seu caráter econômico pode ser salientado na medida em que são delegadas a particulares e por estes exercidas em caráter privado, aproximando-se assim de serviços públicos econômicos.

⁴⁴ Nas palavras Floriano de Azevedo Marques Neto, "*Parece-me que a Constituição se refere às duas acepções de serviço público. No art. 145, II, parece-me que o termo 'serviços públicos' passíveis de suportar a instituição de taxas trata-se de seu sentido amplo e impróprio, esvaziado dos serviços públicos estritos (v.g., aqueles passíveis de exploração econômica). Já no art. 175, dentro pois do Capítulo da Ordem Econômica, o constituinte lançou mão do termo no sentido restrito (ou sentido próprio), prevendo a prestação de serviços públicos passíveis de exploração pela iniciativa privada, mediante delegação específica. Só assim se justifica a previsão, no inciso III do Parágrafo único deste art. 175, de que a Lei estabelecerá a 'política tarifária'. Dito doutro modo, os serviços públicos referidos na ordem tributária são aqueles desprovidos de natureza econômica (porquanto sinônimos de atuação estatal, impassível de delegação), remuneráveis pela espécie tributária taxa. Já os serviços públicos referidos na Ordem Econômica são aqueles passíveis de exploração econômica (ou seja, espécie do gênero atividade econômica), cuja exploração pode ser trespassada à iniciativa privada e cuja remuneração não poderia ter natureza tributária, sendo remunerados por tarifa (espécie do gênero preço público).*" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "A Nova Regulação dos Serviços Públicos". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 228, abr./jun. 2002, p. 18)

CP

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

Pode-se concluir que os serviços de notas e registro se aproximam dos chamados serviços públicos não-econômicos. São serviços públicos na medida em que se prestam a fornecer utilidades para a coletividade. Ademais, o caráter econômico não é característica peculiar dessas atividades – tanto é assim que, segundo determina a Constituição da República de 1988, devem ser remuneradas mediante cobrança de taxa (custas e emolumentos), diversamente do que ocorre em relação aos serviços públicos econômicos, remunerados por tarifa, conforme art. 175, parágrafo único, inciso III⁴⁵. Se exemplos há de serventuários que obtêm lucros extraordinários no exercício de suas funções, também podem ser apontados casos de reiterados prejuízos.

Todavia, independentemente do entendimento adotado, para os fins do presente parecer as atividades notariais e registrais são de titularidade estatal, dotadas de relevância pública. A delegação do exercício dessas atividades para os serventuários não lhes retira tal titularidade – ainda que exercidas em caráter privado, tal como determina a Constituição da República.

B) NATUREZA JURÍDICA DA DELEGAÇÃO ESTATAL

O ato de delegação das atividades notariais e registrais enseja o perpasso de tais atividades pelo Poder Público ao serventuário escolhido por concurso público. Ou seja, por meio da delegação, o Estado se desincumbe da prestação de tais serviços, transferindo parcialmente (e por certo tempo) tal responsabilidade ao

⁴⁵ "Art. 175. 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. Parágrafo único. A lei disporá sobre: III - política tarifária;"

HA

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

particular responsável. Conforme já mencionado, trata-se de opção do constituinte, para quem esses serviços seriam prestados não diretamente pelo Estado, mas sim por delegatário seu. Os titulares de Cartórios são, assim, responsáveis pela prestação dos serviços notariais, por sua conta e risco – ou, nos termos da Constituição, em caráter privado.

Contudo, o que se transfere é a execução de tais atividades, e não a titularidade destas, que permanece com o Poder Delegante. O Estado continua – como sempre foi – o titular dessas atividades públicas.

Nessa esteira, os delegatários deverão prestar seus serviços em conformidade com as regras emanadas pelo Estado. De acordo com o art. 236, § 1º, da Constituição da República de 1988⁴⁶, as atividades prestadas pelos serventuários devem ser reguladas por lei. Nesse sentido, foi editada a Lei nº 8.935/94, que estabeleceu regras de funcionamento das Serventias (inclusive sob o regime de plantão), as atividades a serem prestadas e os deveres dos titulares de Offícios extrajudiciais.

No exercício de suas funções, os serventuários estão sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário, que deverá averiguar se as atividades estão sendo prestadas nos termos da legislação.

De mais a mais, o Poder Delegante pode, ainda, revogar o ato de delegação, caso constate infrações disciplinares por parte dos serventuários. A exigência de que tal revogação apenas ocorra

⁴⁶ “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.”

Fl

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

mediante o devido procedimento judicial ou administrativo, conforme o caso, não tolhe a titularidade estatal dessas atividades, mas apenas visa a assegurar certa estabilidade aos serventuários no exercício das funções a eles outorgadas.

Todos esses “poderes” detidos pelo Poder Delegante decorrem do que ora se busca demonstrar, i.e., que o ato de delegação dos serviços notariais e de registro transfere aos serventuários tão somente a execução desses serviços, persistindo o Poder Público como titular dessas atividades⁴⁷.

Pode-se aqui tecer paralelo à delegação dos serviços públicos. Nesses casos, quando o Poder Concedente transfere à iniciativa privada, mediante concessão ou permissão, a execução dos serviços públicos, permanece com ele, Estado, a titularidade dessas atividades. Tanto é assim que o Poder Concedente detém poderes de fiscalização da execução das atividades, podendo retomá-las não apenas caso constate inadimplência do particular (caducidade), mas também ainda que não haja qualquer infração cometida pelo concessionário (encampação).

Do mesmo modo ocorre com as atividades serventuárias: outorga-se ao particular o exercício da atividade, e não sua própria titularidade, que por certo permanece estatal. A diferença entre os

⁴⁷ Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, “há de se entender, ademais, que o que se transfere é o exercício de ‘serviços’ desta natureza. Isto porque o delegante não deixa de ser o senhor deles, já que a atividade, como visto, é em si mesma pública e, pois, irremissivelmente pertinente a tal setor.” (MELLO. Celso Antonio Bandeira de. “A competência para criação...” Op. cit.).

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

exemplos refere-se ao título de outorga: numa, está-se diante de concessão ou permissão; na outra, de delegação.

Ou seja, o ato de delegação confere ao particular o poder-dever de exercer os serviços de notas e registro – dever porque a partir da outorga o serventuário passa a ter a obrigação de exercer tais atividades.

Por outro lado, o conteúdo do ato é “*o ingresso nas atividades notariais e de registro*” – nas exatas palavras da Constituição –, não se confundindo com a transferência da Serventia em si, local onde tais serviços serão prestados. Em outras palavras, o ato de outorga das atividades ao particular não se confunde com a própria criação do Cartório⁴⁸. O Texto Constitucional é claro nesse sentido: ele não dispõe que o concurso público autoriza o particular a ingressar no Ofício, e sim nas atividades serventuárias. Tanto não ocorre a referida confusão, que a Lei nº 8.935/94 arrola casos de perda e extinção da delegação, ensejando vacância, e não extinção, da Serventia. Destarte, a delegação permite que o titular assumira a unidade do Cartório – local onde serão exercidas as atividades serventuárias –, mas com ela não se confunde.

Por fim, como decorrência direta da exigência de concurso público, ato avaliatório nitidamente pessoal, a delegação

⁴⁸ Recorremo-nos, novamente, às palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello: “*Com efeito, as Serventias não são criadas pelo ato de delegação, nem são suprimidas nas hipóteses em que esta se extingue. Pelo contrário: as Serventias antecedem a possibilidade de delegação e persistem existindo mesmo depois de cessada uma dada delegação feita a alguém para exercer a titularidade da Serventia, pois têm de haver sido antes regularmente criadas tal como em Direito se criam certos centros públicos de atribuições – e nesta mesma conformidade se extinguem, por igual processo, segundo o princípio geral da correlatividade da forma.*” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. “A competência para criação...” Op. cit.)

FJB

40

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

constitui-se em vínculo pessoal, originário e intransferível. Pessoal e originário, na medida em que a delegação é outorgada diretamente para o terceiro habilitado no concurso. Intransferível porque possibilitar o perpasso do título significaria infração à própria regra de prévio concurso público. Tanto que, conforme já aventado, a perda ou extinção da delegação enseja declaração de vacância da Serventia e abertura de novo concurso público, ressaltando as características pessoal, originária e intransferível do ato.

C) O SERVENTUÁRIO COMO AGENTE PÚBLICO *LATO SENSU*

Como demonstrado, de um lado, o titular do Cartório exerce função de relevância pública e, de outro, é delegatário do Estado. Ademais, o art. 236, § 3º, da Constituição da República de 1988, exige que a delegação se dê mediante concurso público de provas e títulos – tal como o faz para os demais servidores públicos (art. 37, II).

Nesse cenário, discute-se a relação entre Poder Público e serventuários, notadamente se seriam agentes estatais ou, mais especificamente, servidores públicos.

Não há dúvidas de que os serventuários podem ser enquadrados como agentes públicos, em sentido amplo. São agentes que colaboram com o Estado, exercendo funções públicas delegadas, nos termos da regulamentação editada. Contudo, tais atividades são exercidas sem vínculo empregatício entre delegatário e Poder Delegante.

4

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

Nesse sentido, os titulares de Cartórios se enquadram entre os denominados “particulares em colaboração com o Estado”. São agentes públicos na medida em que prestam determinadas atividades públicas outorgadas (no caso, delegadas) pelo Estado, sempre em conformidade com regras do Poder Público, sujeitos à fiscalização deste. Estão, ainda, munidos de fé pública, agindo como verdadeiros *representantes da autoridade pública*.⁴⁹

Não se confundem com servidores ocupantes de cargo ou emprego público, pois executam atividades delegadas por sua conta e risco, não sendo remunerados por recursos estatais – tal como ocorre com os servidores públicos –, mas sim mediante recebimento de custas por aqueles que usufruem dessas atividades. Ademais, a fiscalização exercida pelo Poder Público não se enquadra como poder hierárquico, característica inerente às relações empregatícias; ao contrário, corresponde a instrumento para assegurar que os serviços notariais e registrais sejam executados em vista dos interesses públicos.

Embora não se enquadrem como servidores públicos efetivos, são típicos agentes públicos *lato sensu*, enquanto e na medida em que exercem atividades públicas delegadas por ato estatal⁵⁰.

⁴⁹ CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários...* Op. cit., p. 28.

⁵⁰ No sentido de que os serventuários são agentes públicos em sentido amplo, ver, entre outros: MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80-81; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 250; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 518. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279; CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários...* Op. cit., p. 28; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileiro de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 112; SAID, Youssef Cahali. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 337; STOCO, Rui. “Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 714, abr./1995, p. 48; TÁCITO, Caio. “Vitalicidade e Aposentadoria Compulsória”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 50, out.-dez./1957, p. 253.

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

Tanto é nítido o caráter de colaborador público que o Supremo Tribunal Federal havia se posicionado favoravelmente à aposentadoria compulsória dos serventuários, anteriormente à EC nº 20/98. É que o art. 40, § 1º, II, da Constituição, determinava aposentadoria compulsória para *servidores* que completassem 70 anos. Levando em conta aquela redação, o STF firmara posicionamento no sentido de que os serventuários, como exercentes de funções públicas, estariam sujeitos à aposentadoria compulsória⁵¹. Após a alteração do texto constitucional pela citada Emenda – que modificou a redação para “servidores titulares de cargos efetivos” –, o Supremo Tribunal Federal reverteu seu posicionamento, já que os serventuários, embora exercentes de atividades estatais, não ocupam cargo público efetivo. Cite-se, nessa esteira, trecho da ementa da ADI 2602:

“(…) Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 --- aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade” (STF, ADI 2602, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 31/03/2006)⁵².

⁵¹ Nesse sentido: RE 178236, RE 189741, RE 199801, AI-AgR 179761.

⁵² No mesmo sentido: RE-AgR 478.392; Rel-AgR 5.526; AI-AgR 655.378.

FA

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

De todo modo, essa digressão é suficiente para ressaltar que os serventuários foram considerados pelo Egrégio Tribunal servidores *lato sensu* – na medida em que são “servidores” ou, nas palavras da doutrina, “agentes em colaboração com o Estado” –, mas não “servidores ocupantes de cargo efetivo”.

D) A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR ATOS DOS SERVENTUÁRIOS

A Constituição da República de 1988, em seu art. 37, § 6º, dispõe sobre a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes a terceiros. Assim rege a citada norma:

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.

O referido dispositivo constitucional envolve tema concernente à responsabilidade civil dos entes públicos (pessoas jurídicas de direito público) e das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, por eventuais danos causados por seus agentes a terceiros. Com vistas ao escopo do presente parecer, impõem-se alguns comentários sobre responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes, para então se examinar a questão da responsabilidade estatal decorrente de atos dos serventuários.

D.1. Breves notas sobre a responsabilidade civil objetiva do Estado

A possibilidade de o Estado responder por atos praticados por seus agentes mostra-se, nos dias atuais, bastante natural – embora nem sempre tenha sido assim⁵³. O Estado é, como sabido, ficção jurídica, que não tem vontade própria. Persegue fins públicos por meio de seus agentes e colaboradores, que representam sua vontade⁵⁴.

Se, por um lado, o Estado deve ter responsabilidade por eventuais danos causados a terceiros – tal como ocorre com qualquer outra pessoa jurídica, sujeito de direitos e deveres –, por outro lado tal responsabilidade apenas será efetiva se abarcar os atos praticados pelos agentes estatais – único meio pelo qual o Estado expressa e executa sua vontade. Nessa esteira,

“aquele que presta serviços ao Estado na condição de agente público (agente político, servidor público ou mesmo particular em colaboração com a Administração) pode causar danos a terceiros, ocasião em que se configura o

⁵³ Para análise da evolução do tema na doutrina e jurisprudência, ver, por todos, ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 765 e ss. e CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. Op. cit..

⁵⁴ Nos dizeres de Celso Antonio Bandeira e Mello, *“A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. 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. Nas relações não se considera tão-só se o agente obrou (ou deixou de obrar) de modo conforme ou desconforme com o Direito, culposa ou dolosamente. Considera-se, isto sim, se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.”* (Curso de Direito Administrativo. Op. cit., p. 998).

44

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

regime de responsabilidade do Estado previsto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal (...).”⁵⁵

Conforme já consolidado na doutrina, a teoria na qual se baseia o art. 37, § 6º, da Constituição, é chamada **teoria do risco** ou **teoria da responsabilidade objetiva**, segundo a qual a necessidade de comprovação de culpa ou dolo do agente causador do dano é substituída pela verificação do nexo de causalidade entre prestação das atividades estatais e prejuízo sofrido pelo administrado. Ou seja, basta demonstrar (i) existência de dano a terceiro e (ii) que o dano tenha sido causado por ato ou omissão de agente do Estado, no exercício de tal função.

Nessa substituição da responsabilidade individual do agente público pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, vale dizer, a responsabilidade sem necessidade de comprovação de culpa *lato sensu*, pela tão só ocorrência de dano provocado por agente estatal, na esfera dos riscos assumidos pela Administração, na consecução de seus fins.

Para caracterizar a responsabilidade objetiva do Estado, é imprescindível que o causador atue na **qualidade de agente público**. Aqui, o termo “agente”, utilizado pelo constituinte, tem sentido amplo, aplicando-se a todos aqueles que exerçam alguma função estatal, ainda que não detenham vínculo empregatício com o Estado. O termo “agente”, aliás, foi devidamente utilizado pelo constituinte, conforme afirma Hely Lopes Meirelles:

⁵⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit., p. 770.

7A

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

“A Constituição atual usou acertadamente o termo agente, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou provisório.”⁵⁶

A Constituição pretendeu, pois, assegurar, com amplitude, que o Estado responda objetivamente – i. e., sem necessidade de demonstração de dolo, imperícia, imprudência ou negligência – por eventuais danos causados a terceiros por todos aqueles que atuem como seus agentes, na execução de atividades ou funções estatais – ainda que não tenham vínculo empregatício (leia-se: não ocupem cargo ou emprego público) ou estejam nessa função em caráter provisório (tal como ocorre, por exemplo, com os mesários convocados para colaborar em eleições ou aqueles que prestem serviço militar obrigatório).

Se, por um lado, o Estado responde objetivamente pelos danos causados, por outro, a responsabilização do agente apenas será possível mediante comprovação de culpa ou dolo. Ou seja, uma vez comprovado que o agente estatal agiu com dolo ou culpa, poderá o Estado mover em face dele ação regressiva, cobrando a indenização paga ao particular. Dessa forma, enquanto para a Administração a responsabilidade

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Op. cit., p. 627.

RA

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AÍDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

independe de culpa, ou seja, é objetiva, para o agente depende de culpa, sendo portanto subjetiva⁵⁷.

D.2. Responsabilidade civil objetiva do Estado por atos dos serventuários

Apresentadas, em termos sucintos, as bases da responsabilidade civil objetiva do Estado, passa-se a analisar se ela se aplica em face de atos praticados por serventuários, no exercício das atividades notariais e de registro que lhes foram delegadas. Diante do exposto, conclui-se de modo positivo, i.e., que o Estado é responsabilizável civilmente por eventuais danos a terceiros decorrentes de atos praticados pelos titulares de Cartórios.

Como acima salientado, os serventuários enquadram-se como agentes públicos em sentido amplo, na medida em que executam atividades tipicamente estatais. Tal conclusão segue a esteira da doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Logo, o dispositivo constitucional que impõe a responsabilidade do Estado por atos de seus agentes aplica-se aos danos causados por serventuários, no exercício das atividades de notas e registro. Conforme afirma Walter Ceneviva,

“O particular que trate com eles [notários e registradores] se vincula por regras de direito público, enquanto delegados da Administração. Assim, a responsabilidade direta, a ser aferida

⁵⁷ “No dispositivo constitucional estão compreendidas duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente público.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Op. cit., p. 649).

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AÍDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

segundo a teoria objetiva, ainda é do Estado, cabendo regresso contra os titulares das Serventias indicadas”⁵⁸.

Também é esse o posicionamento de Nicolau Balbino Filho:

“Se o exercício da delegação em caráter privado não descaracteriza os notários e registradores como servidores públicos, ipso facto, o Estado continua solidariamente responsável pelos seus atos, contra os quais caberá ação regressiva nos casos de culpa ou dolo.”⁵⁹

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem os serventuários extrajudiciais do Estado não seriam agentes públicos – mas simplesmente “*delegatários estatais*” –, ainda assim se posicionava favoravelmente ao reconhecimento da responsabilidade estatal, embora subsidiária, pelos atos de tais agentes. Em suas próprias palavras:

“O fato de estarem, mesmo nesta circunstância de oficiais públicos, sujeitos à responsabilidade civil, e envolverem a responsabilidade do Estado por seus atos, não os enquadra na organização funcional do Estado, porquanto este responde por atos dos seus servidores públicos mesmo não

⁵⁸ CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários...* Op. cit., p. 119.

⁵⁹ BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 29.

FELSBERG e ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E ÁIDAR
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

funcionários. Contudo, em não sendo agentes públicos, enquadrados na organização funcional, a responsabilidade do Estado é indireta, subsidiária”⁶⁰.

A doutrina afirma, pois, existir responsabilidade estatal por eventuais atos danosos causados por serventuários⁶¹ – embora haja peculiaridades e divergências quanto à abrangência de tal responsabilização, conforme adiante será examinado.

Também nessa direção caminha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de maneira uniforme. De acordo com o Egrégio Tribunal, os titulares de Cartórios exercem função ou atividade estatal e, portanto, o Estado deve responder pelos atos por eles praticados, ressarcindo eventuais danos causados a terceiros. Mencione-se, nessa esteira, decisão proferida pela Suprema Corte no julgamento do RE-AgR 209.354:

“CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. TABELIÃO. TITULARES DE OFÍCIO DE JUSTIÇA: RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. C.F., art.

⁶⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Volume II. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 367.

⁶¹ Cite-se, a título exemplificativo: CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários...* Op. cit., p. 115-120; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público...* Op. cit., p. 113; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Op. cit., p. 649; SAID, Yussef Cahali. *Responsabilidade Civil do Estado*. Op. cit., p. 337-339; STOCO, Rui. “Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores”. Op. cit.; BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis*. Op. cit., p. 29; NALINI, José Renato. “A responsabilidade Civil do Notário”. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 130, 1991, p. 19; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 621; RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 393-394.

HA