

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

O Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo, expõe-nos as considerações abaixo, formulando, em vista disto, a seguinte

CONSULTA

A Constituição Federal, no art. 236, determina que o exercício dos serviços notariais e de registro será efetuado em caráter privado, e no § 1º estabelece que a 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.

Por outro lado, seu art. 103-B, introduzido pela Emenda Constitucional 45, criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo de caráter superior, para tratar da administração da justiça e, dentre as suas competências, estabelece competir-lhe o processamento das reclamações e avocar os processos, inclusive em relação aos serviços notariais e de registros.

Nenhuma disposição constitucional atribuiu competência legislativa ao citado órgão, nem incluiu os serviços notariais e de registro na organização íntima do Poder Judiciário, tanto que não os

arrolou entre eles na correspondente seção; pelo contrário, colocou-os no Capítulo das Disposições Constitucionais Gerais e não no do Poder Judiciário.

A lei 8.935/94, editada em cumprimento ao citado § 1º do art. 236, estabelece dentre outras disposições: (a) - a independência e autonomia administrativa e financeira do notário e do registrador; (b) - a liberdade na contratação livre de seus prepostos, inclusive quanto à fixação de seus salários e (c) - a responsabilidade do notário e registrador pelos danos que ele e seus prepostos causarem aos usuários destes serviços.

Diante do exposto, indaga:

I - A competência constitucional do CNJ relativa ao processamento das reclamações e avocação dos processos nas instâncias inferiores, confere-lhe atribuição legislativa ou a possibilidade de editar resoluções com força de lei, ou, ainda, a título de interpretar normas legais, produzir inovação em matéria administrativa ou substantiva da atividade notarial e de registro, aportando conteúdo desbordante do §1º do art. 236 da CF ou contraposto ao que resulta da lei 8.935/94?

II - O CNJ, em face dos princípios estatuídos no art. 37 da CF, poderia, a título de combater nepotismo nos serviços notariais e de registro, impor normas restritivas à contratação de pessoal que tenha relação de parentesco com o titular da delegação, seus auxiliares, escreventes, e substitutos de sua inteira confiança, aplicando ou determinando a aplicação da súmula vinculante nº 13 do STF ou disposições equivalentes ?

Às indagações respondo nos termos que seguem.

PARECER

1. As indagações da Consulta são da mais extrema simplicidade. Nem mesmo haveria exagero em afirmar-se que delas poder-se-ia dizer o que OROZIMBO NONATO, eminente ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, disse de outra em que a resposta era igualmente evidente: *“O mesmo é propor a questão que lhe dar resposta negativa”*.

Com relação ao questionamento sobre eventual poder legislativo (ou equivalente) do Conselho Nacional de Justiça, é claro a todas as luzes que ele não existe, já que não haveria como extrai-lo do nada. Aliás, também jamais poderia derivar de uma Emenda Constitucional sem afronta a uma cláusula pétrea, como além se dirá.

2. Deveras, de um lado, é de generalizada ciência que, a teor do art. 2º da Constituição *“são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”*. Ora, conforme art. 44 da Constituição Federal: *“O Poder Legislativo é exercido*

pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.” Ressalte-se que o exercício excepcional de competência extremamente similar é o que se manifesta pelas medidas provisórias as quais, como se sabe, são da alçada do Executivo, conforme previsto no art. 62 e não do Conselho Nacional de Justiça.

Cumpra registrar que a nota essencial do Legislativo é a de poder expedir regras gerais e abstratas que inovam *primariamente na ordem jurídica*, isto é, que se fundam única e exclusivamente na Constituição.

3. Por outro lado, as atribuições do Conselho Nacional de Justiça são as que constam do § 4º do art. 103-B, da Constituição, o qual lhe assinala funções controladoras, conferindo-lhe, em matéria normativa, unicamente o poder de expedir *“atos regulamentares, no âmbito de sua competência”*.

Funções controladoras, se exercem *na conformidade de lei*. Ou seja, controlar pressupõe lei que regule os comportamentos devidos, de maneira a que se possa aferir se estão ou não ajustados ao que nela se prevê. Assim, a atribuição de poder regulamentar em matéria de sua competência outorgada ao CNJ não significa haver-lhe irrogado a possibilidade de criar *“ex novo”* direitos ou obrigações, visto que regulamentos, de acordo com a Constituição Brasileira, são atos infra-legais, subordinados às leis e concebidos para executá-las, sendo certo que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, consoante disposto no art. 5º, II.

Não há, pois, confundir força regulamentar com força legal. Em suma: entre a lei e o regulamento não existem apenas

diferenças de origem ou de posição na hierarquia da normas jurídica. Como bem ressaltara OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, ponto de supino relevo para distinguí-los está em que, no que atina à *força jurídica* que possuem:

*"... a lei **inova originariamente** na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera",*

pois esta, como diz o mesmo mestre:

"É fonte primária, ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior" (Princípios Gerais de Direito Administrativo, Ed. Forense, 2ª ed., 1979, vol. I, pag. 316 - grifos nossos),

de tal forma que os regulamentos:

"...hãõ de ter por conteúdo regras orgânicas e processuais destinadas a por em execução os princípios institucionais estabelecidos em lei, ou normas em desenvolvimento dos preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, das diretrizes, em pormenor, por ela determinadas" (op. cit. vol. cit., pág. 314).

4. Os regulamentos executivos - únicos existentes no direito brasileiro - nada podem dispor "praeter legem", "extra legem", "ultra legem" e muito menos "contra legem", mas tão somente "intra legem".

Vejam-se ao respeito as lições dos mais abalizados juristas.

Disse PONTES DE MIRANDA, ao tempo da Carta de 1969, em face de dispositivos similares aos ora vigentes:

*“Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhas à lei, ou faz reviverem direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções que a lei apagou, é inconstitucional. Tampouco pode ele limitar, modificar, ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções. Não pode facultar o que na lei se proíbe, nem lhe procurar exceções à proibição, salvo se estão implícitas. **Nem ordenar o que a lei não ordena**”.* (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969, Ed. Rev. dos Tribunais, 2ª ed. revista, 1970, tomo III, pág. 316 - os grifos são nossos).

E disse ainda:

*“Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é **nulo**, por ser contrária à lei, a regra jurídica que se tentou embutir no sistema”.* (págs. 316-317 - grifo do autor).

São suas também estas oportunas considerações:

“o poder regulamentar é o que se exerce sem criação de regras jurídicas que alterem as leis existentes e sem alteração da própria lei regulamentada” (pág. 312).

E mais:

“Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos - há abuso do poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo. O regulamento não é mais do

que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei. Quanto menos se regulamentar melhor” (pág. 314).

CIRNE LIMA, sob o império da Constituição de 1946, cujas disposições em matéria de autonomia regulamentar não diferem das hodiernas, ensinara:

“No presente, porém, a significação do regulamento é apagadíssima ...

Inoperante 'contra legem' ou sequer 'praeter legem', o regulamento administrativo endereçado, como vimos, à generalidade dos cidadãos, nenhuma importância como direito material possui. Avulta nele, certamente, o cometimento técnico. Cumpre-lhe resolver o problema da execução da lei - problema técnico-jurídico, por excelência” (Princípios de Direito Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª ed., 1982, pág. 40).

SEABRA FAGUNDES, de seu turno, lecionou ao propósito do regulamento em nosso direito:

*“Prende-se em essência ao texto legal. O seu objetivo é tão somente facilitar, pela especificação do processo executório e pelo **desdobramento minucioso do conteúdo sintético da lei**, a execução da vontade do Estado expressa em ato legislativo. Tanto que o seu âmbito será maior ou menor, conforme menos ou mais minudente seja a lei à qual se prenda.*

É certo que, como lei, reveste o aspecto de norma geral, abstrata e obrigatória. Mas não acarreta, e aqui dela se distancia, modificação à ordem jurídica vigente.

Não lhe cabe alterar situação jurídica anterior, mas, apenas, pormenorizar as condições de modificação originária de outro ato (a lei). Se o fizer, exorbitará, significando uma invasão pelo Poder Executivo da competência legislativa do Congresso” (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Ed. Forense, 5ª ed., 1979, pág. 24, nota de rodapé 2 - os grifos são nossos).

GERALDO ATALIBA, em artigo notável sobre o “Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro”, bordou o seguinte sintético, mas precioso, comentário sobre a finalidade do regulamento entre nós:

*“Sua função é facilitar a execução da lei, **especificá-la** de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo para bem observá-la” (RDA, vol. 97, julho-set. 1969, pág. 23).*

5. Esta diferente força jurídica, a de inovar originariamente (lei) ou, tão só, a de especificar o que já foi objeto de disciplina, portanto, o que já sofreu, por lei, caracterização e delineamento anterior (regulamento) é que oferece deslinde para outro problema cuja solução seria tormentosa não fora a diretriz fornecida pela distinção em apreço. A saber: o problema dos limites de liberdade passíveis de serem deferidos pela lei ao regulamento sem incorrer em delegação de poderes disfarçada, ou, mesmo ingenuamente, procedida em descompasso com o Texto Constitucional.

A questão é transcendente, pois de nada adiantariam aturadas cautelas para acantonar o regulamento em seu campo de expressão próprio se, por força da própria obra legislativa, fosse possível, indiretamente, dilatar-lhe a esfera de ação e ensejar, por meio transversal, infiltração do Executivo ou do Judiciário em área que se quer defendida

contra suas eventuais incursões. Vale dizer: de nada adiantariam o art. 5º, II e 84, III, se, ulteriormente, o legislador pudesse entregar, de mão beijada, a esfera da liberdade e da propriedade dos administrados para ser disciplinada por via de regulamento.

Fora isto possível e a garantia constitucional de que "ninguém poderá ser obrigado a fazer ou **deixar de fazer** alguma coisa senão em virtude **de lei**", a segurança de que os regulamentos seriam meramente executivos, a certeza de que o livre exercício de qualquer atividade econômica seria livre e independente de autorização de órgãos públicos, "salvo nos casos estabelecidos **em lei**", deixariam de se constituir em proteção constitucional, convertendo-se em preceitos que vigorariam se e na medida do amor ou desamor do legislador ordinário pela Lei Magna. Em suma: não mais haveria a garantia *constitucional* aludida, pois os ditames ali insculpidos teriam sua valia condicionada às decisões infra-constitucionais, isto é, às que resultassem do querer do legislador ordinário.

Tal perigoso vício é especialmente vitando e contra ele, em relação ao Poder Executivo, adverte PONTES DE MIRANDA, ao averbar:

*"Se o Poder Legislativo deixa ao Poder Executivo fazer lei, delega; o poder regulamentar é o que se exerce sem criação de regras jurídicas que alterem as leis existentes e sem alteração da própria lei regulamentada.... Nem o Poder Executivo pode alterar regras jurídicas constantes de lei, a pretexto de editar decretos para a sua fiel execução, ou regulamentos concernentes a elas, **nem tal atribuição pode provir de permissão ou imposição legal de alterar regras legais ou estendê-las ou limitá-las Onde o Executivo poderia conferir ou não direitos, ou só os conferir segundo critério seu ou parcialmente seu, há delegação de poder**" (op. cit., vol. cit., pags. 312-313).*

6. Então, mesmo que não o faça com precisão capilar, a lei tem que caracterizar o direito ou a obrigação, limitação, restrição que nela se contemplem, tanto como o enunciado dos pressupostos para sua irrupção e os elementos de identificação dos destinatários da regra, de sorte que ao menos a compostura básica, os critérios para seu reconhecimento, estejam de antemão fornecidos. Assim, o espaço regulamentar conter-se-á dentro destas balizas professadamente enunciadas na lei.

Com efeito, seria um absurdo e afrontoso à inteligência supor que a Constituição estabeleceu mecanismos tão cautelosos para defesa de valores ciosamente postos a bom recato, os quais, entretanto, seriam facilmente reduzidos a nada graças ao expediente singelo das delegações procedidas indiretamente. É que, como disse o precitado GERALDO ATALIBA, em frase altamente sugestiva: "*Ninguém construiria uma fortaleza de pedra, colocando-lhe portas de papelão*".

Assim, não há duvidar que as atribuições contempladas no § 4º do art. 103-B da Constituição Federal como pertinentes ao Conselho Nacional de Justiça não atribuíram a este órgão do Poder Judiciário competência legislativa alguma nem, obviamente, a possibilidade de exercitá-la subrepticamente mediante resoluções com força de lei, mesmo que expedidas a título de interpretar normas constitucionais ou legais, se com isto produzirem inovação em matéria administrativa ou substantiva da atividade notarial e de registro, maiormente quando implicarem o aporte de conteúdo contraposto ao que resulta da lei 8.935/94.

Aliás, cumpre reiterar que se a Emenda Constitucional nº 45, criadora do Conselho Nacional de Justiça, lhe

houvesse atribuído explícita ou furtivamente algum Poder Legislativo seria inconstitucional. É que, em tal caso, estaria a violar cláusula pétrea. Deveras, consoante o art. 60, § 4º, III, não se admitirão emendas tendentes a abolir a "separação de poderes", a qual ficaria afetada se houvesse conferência de poderes legislativos a um órgão alheio ao Poder Legislativo.

Ora, como a lei 8.935/94, editada em cumprimento ao § 1º do art. 236 da Constituição Federal, estabelece, dentre outras disposições, a independência e autonomia administrativa e financeira do notário e do registrador (art. 21), inclusive e expressamente na contratação livre de seus prepostos e na fixação de seus salários (art. 20) bem como a responsabilidade do notário e do registrador pelos danos que ele e seus prepostos causarem aos usuários destes serviços (art. 22), é óbvio que o CNJ não pode afrontar tais dispositivos criando restrições que os agravem.

7. A segunda indagação da Consulta, concerne a uma eventual possibilidade do CNJ dispor-se a estender a súmula vinculante nº 13 do STF ou disposições equivalentes aos serviços notariais e de registros, por interpretação de seu alcance ou em nome do princípio da moralidade previsto no art. 37 da Constituição. O descabimento de medida deste gênero é de uma esplendorosa evidência. Em termos jurídicos, sua adoção seria algo literalmente teratológico. Sem embargo, não há prejuízo algum em examinar-se a questão encartando-a em um panorama amplo, com o exame da caracterização jurídica dos notários e registradores e de sua visceral distinção dos agentes da administração pública direta ou indireta, tal como qualificados pela Constituição e pelas normas infra legais.

O art. 236 da Constituição Federal e seu parágrafo 1º dispõem:

“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”.

Destes preceptivos, à toda evidência, resulta, quando menos:

(a) que o título jurídico que investe os exercentes de atividade notarial e de registro é uma **delegação** efetuada pelo Poder Público; (b) que as sobreditas atividades estão expressamente qualificadas como **exercitáveis em caráter privado** por quem as titularize; (c) que a disciplina e responsabilidade dos exercentes de tal delegação **será fixada em lei**, assim como as normas gerais sobre os emolumentos concernentes aos atos relativos a estes serviços; (d) que a **fiscalização de seus atos** será efetuada pelo Poder Judiciário.

Cumpre, então examinar alguns pontos expressados no dispositivo constitucional “sub examine” e implicações neles contidas.

8. Delegação é a outorga, a transferência, a outrém, do exercício de atribuições que, não fora por isto, caberiam ao delegante. Ou seja: os “serviços” notariais e os de registro correspondem, em si mesmos, a uma atividade **estatal, pública**.

Nada obstante, os sujeitos titulados pela delegação em apreço **conservam a qualidade de particulares**, conquanto investidos de missão pública, visto que a exercerão **em caráter privado**. Daí porque *não são retribuídos pelos cofres públicos, não operam em próprios do Estado, nem com recursos materiais por ele fornecidos*. Pelo contrário, remuneram-se mediante valores versados pelos usuários dos serviços, os bens nos quais se sediam são bens próprios ou por eles mesmos providenciados e todo o material de que se utilizam no desempenho de seus misteres é por eles mesmos adquirido.

Assim, quanto à sua organização subjetiva, tal como qualquer outro particular, *operam a suas próprias expensas e por sua conta e risco*.

A doutrina já não tinha a menor dúvida sobre o que o art. 236 veio a estabelecer. Com ele, a Lei Magna, houve por bem, tão só, explicitar e confirmar um entendimento assentado entre os doutos, prevenindo, dessarte, eventuais equívocos de desavisados ou pessoas carentes de maior conhecimento técnico-jurídico na área do direito público.

9. De fato, muito antes da Constituição de 1988, o então professor e desembargador do TJSP, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, procedera a uma completa sistematização dos agentes públicos, na qual deixava esclarecido que notários e registradores eram **delegados de ofício público** (cf. Teoria dos Servidores Públicos, Rev. de Direito Público nº 1, julho-setembro de 1967, págs. 40 e segs. e, posteriormente, com ampla detença, em seus "Princípios Gerais de Direito Administrativo", Ed. Forense, 1974, vol. II, págs. 277 a 371). Vale transcrever lições suas:

*“Na realidade, os titulares de ofícios de justiça são titulares de ofícios públicos, como a própria expressão declara, e, portanto, **delegados do poder público** para o desempenho de funções de efeitos jurídicos*

*Por isso em vez de perceberem vencimentos dos cofres públicos, **esses delegados de ofício público** recebem, pela atividade jurídica realizada, custas ou emolumentos, pagos pelas partes interessadas. E' o caso dos tabeliães de notas, de escrivães e de escreventes de registros públicos, de títulos ou de imóveis, dos escrivães de justiça” (Princípios ... vol. cit., pag. 367 - grifos nossos).*

E pouco adiante:

*“A distinção entre o agente público e o delegado de função ou ofício público e o de obra ou serviço público, está em que **o funcionário age em nome e por conta do Estado, enquadrado dentro da sua organização administrativa, e o delegado em nome e por conta própria**. Por isso aquele recebe o competente estipêndio, pago pelos cofres do Estado, e o último recebe custas ou emolumentos, taxas ou tarifas, dos particulares que auferem os benefícios do exercício das suas atividades, de ordem jurídica ou material, respectivamente”. (op. e vol. cit., pág. 368 – o grifo é nosso).*

Assim também, ainda em 1978, HELY LOPES

MEIRELLES averbava:

*“**Agentes delegados** são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e a realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nesta categoria se encontram os concessionários e*

permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, e demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo". (Direito Administrativo Brasileiro, Ed. RT, 6ª ed., 1978, pags. 60-61 - o primeiro e o último grifo são do original).

Dantes como hoje, assinalava-se a mesma qualificação jurídica para os agentes em apreço. Aliás, tal regime é tradicional e não apenas no Brasil, tanto que, na Itália, RENATO ALESSI, tratando da variedade de exercentes de atividade pública, observava que:

"... o Estado se vale, às vezes, como sujeitos auxiliares de sua ação administrativa, também de sujeitos privados, os quais, ainda que não entrem no âmbito da administração pública de um ponto de vista subjetivo, na medida em que, como se verá, conservam a qualidade de sujeitos privados, conquanto sem dúvida estejam postos na condição de sujeitos (sujeitos auxiliares também eles) de função administrativa" (Principi di Diritto Amministrativo, Giuffrè Editore, vol I, 4ª ed., 1978, pág. 34, grifo nosso).

Entre estes sujeitos **que não integram subjetivamente à administração**, refere diversas categorias, das quais:

"Há, em primeiro lugar, a categoria dos profissionais encarregados de uma função pública: típico exemplo, os notários ..." (op. cit., vol. cit., pag. 73 - o primeiro grifo é do original)

No mesmo sentido é a lição de ENZO CAPACCIOLI, que também colaciona os *notários como exemplo de sujeitos exercentes de função pública que não integram a Administração Pública em*

sentido subjetivo. (Manuale di Diritto Amministrativo, CEDAM, 1980, págs. 228 a 230).

Aliás, esta sistematização das diversas variedades de exercentes de atividade pública é antiga e largamente disseminada. Assim, pode-se encontrá-la igualmente em autores muito anteriores aos citados, como em SANTI ROMANO e GUIDO ZANOBINI, para mencionar apenas alguns dos mais ilustres e conhecidos entre nós.

10. Em suma: a circunstância de uma dada atividade ser pública - e a notarial e registral obviamente o são - não implica que o seu exercente seja integrante do aparelho denominado Administração Pública. É preciso atenção para não misturar dois temas perfeitamente distintos: um, o do tipo de atividade - que é estatal; outro, o do enquadramento de quem a desempenha, o qual pode ou não ser estatal. Assim, do fato de uma atividade ser pública não se segue que o sujeito que a desempenha se aloque na intimidade do aparelho estatal.

Isto sucede porque o desempenho de atividades públicas nem sempre é efetuado diretamente pelo Estado ou mesmo por criaturas estatais. Portanto, nem sempre são servidores do Estado ou servidores das pessoas por ele engendradas que exercitam ditas atividades. Terceiros, titulados pelo Poder Público, também podem ser investidos na qualidade hábil para a prestação de misteres estatais.

Tanto na explicitude do contexto constitucional, quanto nas lições doutrinárias, sempre se distinguiram os que estão integrados no complexo subjetivo estatal - formado tanto por sua administração direta, quanto por sua administração indireta - daquel'outros que, embora exerçam funções públicas, permanecem alheios ao corpo

estatal, pois atuam em virtude de uma delegação ou concessão, conservando sua qualidade de particulares.

É que entre os que desempenham misteres públicos alguns, que de resto compõem a grande maioria, acham-se ligados ao Estado por um vínculo que os radica na intimidade do próprio aparelho estatal. Prendem-se à organização intestina do Estado e passam a fazer parte, como seus integrantes, ubicados no interior do ser jurídico Estado ou das criaturas por este criadas como projeções personalizadas suas. Estão internados no corpo orgânico da pessoa estatal ou de entidade governamental participante da constelação de pessoas formadoras do complexo subjetivado governamental. Daí que as relações entre eles e o Estado ou as sobreditas pessoas são relações internas, operadas no seio das entidades governamentais.

Outros, como os titulares de Cartórios e Tabelionatos, os concessionários e permissionários de serviços públicos, são agentes periféricos ao todo orgânico formador da máquina estatal; são estranhos à unidade subjetivada que há por nome Estado. São alheios à intimidade das parcelas atômicas cuja síntese totalizada coincide com o sujeito estatal e seus desdobramentos personalizados. Não residem no interior do corpo estatal. Encontram-se à margem do Estado. As relações entre eles e o Estado são *relações externas*, enquanto as relações do Estado com os integrantes de sua Administração direta ou indireta são *relações internas*.

Dessarte, tais atribuições públicas são expressadas *exógena* e não *endogenamente*.

11. O alheamento de notários e registradores ao corpo designado como administração direta e indireta é claríssimo no próprio Texto Constitucional.

Deveras, no título III da Constituição Brasileira ("Da Organização do Estado") encarta-se o capítulo V, denominado "Da Administração Pública". Este, na Seção I (Disposições Gerais) cogita dos servidores da administração direta e indireta de quaisquer dos Poderes. Note-se que a Lei Magna não se ocupou em definir ou redefinir a noção corrente no direito brasileiro sobre o que seja administração direta ou indireta. Tem-se, pois, que entender que assumiu a acepção que lhe é reconhecida normativamente entre nós, quando menos desde o decreto-lei nº 200, de 25.02.67, com as alterações posteriores.

De acordo com ele, administração direta é a que é exercida pelos órgãos que compõem a intimidade da pessoa jurídica Estado. Por isso, reportado que está à Administração Federal, considera administração direta a exercida pelos órgãos integrados nos Ministérios ou subordinados diretamente à Presidência da República. Categoriza como administração indireta, a realizada por autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas (art. 4º). A ninguém acudiria supor que os titulares de cartórios de notas fossem servidores de autarquia, sociedade de economia mista, empresa pública, fundação governamental ou ainda que fossem servidores integrados na intimidade da Administração direta do Estado.

Verifica-se, pois, ser indubitoso que o Capítulo V, "Da Administração Pública", ubicado no Título III (Da Organização do Estado) reportou-se a um universo no qual não se alocam os titulares de serventias de notas e registros públicos, os quais se encartam no Título IX (Das Disposições Constitucionais Gerais), já que são estranhos à

administração direta e indireta, o que bem demonstra que as disposições do art. 37 não lhes dizem respeito.

12. Por outro lado, o que concerne ao Poder Judiciário no respeitante a notários e registradores, está expresso no art. 236, § 1º, da Constituição Federal, e na lei nº 8.935 de 18.11.94, editada em cumprimento ao referido preceptivo.

De acordo com o já transcrito § 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”.

Em face de seus termos, a lei 8.935_x estabeleceu o que competia ao Poder Judiciário, isto é, realizar os concursos públicos para provimento de tais serviços (art. 15) e, através do Juízo competente, fixar os dias e horários em que serão prestados os serviços notariais e de registro (art. 4º); receber o encaminhamento, feito pelo titular, dos nomes de seus substitutos (art. 20, § 2º); resolver as dúvidas levantadas pelos interessados e que lhe serão encaminhadas pelos notários e registradores (art. 30, XIII); fixar as normas técnicas de obrigatória observância naqueles serviços (art. 30, XIV); aplicar aos notários e oficiais de registro, em caso de infrações disciplinares, assegurada ampla defesa, as penalidades previstas de repreensão, multa, suspensão e perda da delegação (art. 34 c.c. 31, 32 e 33), dependendo esta última de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo, assegurado amplo direito de defesa (art. 35), bem como, designar interventor para “responder pela *serventia*” (arts. 35, § 1º e § 1º do 36) quando suspendê-lo preventivamente (art. 36 e § 1º do art. 36); exercer, através do juízo competente, como tal considerado aquele

assim definido na órbita estadual ou distrital, a fiscalização dos atos notariais e de registro, sempre que necessário ou quando da inobservância de obrigação legal destes agentes ou seus prepostos (art. 37); remeter ao Ministério Público cópias e documentos necessários à denúncia, quando em autos ou papéis que conhecer, verificar a existência de crimes de ação pública (parágrafo único do art. 37); zelar para que os serviços notariais ou de registro sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente, podendo sugerir à autoridade competente planos de adequada e melhor prestação deles (art. 38); propor à autoridade competente a extinção do serviço notarial ou de registro e anexação de suas atribuições a outro da mesma natureza, quando verificada a absoluta impossibilidade de se prover por concurso público a titularidade dele, por desinteresse ou inexistência de candidatos (art. 44).

Estas - e só estas - são as atribuições que o art. 236 da Constituição ou a lei nº 8.935 assinaram ao Poder Judiciário em matéria de serviços notariais ou de registro. É claro a todas as luzes que não se poderia extrair novas atribuições do nada ou - o que lhe seria equivalente - do simples intento dos órgãos judiciários.

13. Isto posto, é fácil ver-se que nada justificaria a aplicação da Súmula vinculante nº 13 ou seu equivalente a notários e registradores. Basta ver seu teor para notar-se, mesmo a um primeiro súbito de vista, sua inadaptação ao caso. Reza seu enunciado:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função

gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

Notários e registradores, como amplamente visto, não se alojam nem na Administração direta nem na indireta. Não recebem dos cofres públicos, não se servem de imóveis públicos, nem de equipamentos, nem de material de escritório pertencentes ao Poder Público. Remuneram-se com o que lhes é versado pelos usuários da atividade, ocupam prédios, usam equipamentos e material próprios. Os agentes de que se utilizam para prestação das respectivas atividades não são remunerados com recursos públicos, mas são pagos pelos próprios notários e registradores, já que são empregados - ditos prepostos - destes delegados, os quais, como explicitamente o proclamou a Constituição, exercem tal delegação *em caráter privado*, vale dizer, a suas expensas e sob seu próprio risco.

Cumpre tomar atenção às sábias advertências de CARLOS MAXIMILIANO, o príncipe de nossos mestres de exegese :

*“Em todo caso, o hermeneuta **usa**, mas não **abusa** da sua liberdade ampla de interpretar os textos”* (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Ed. Forense, 15ª ed., 1995, pag. 154).

*“Não se deve ficar **aquem**, nem passar **além** do escopo referido; o espírito da norma **há** de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para o qual a mesma foi feita, **porém dentro da letra dos dispositivos**”* (op. cit. pag. 152 – grifos nossos).

14. Verifica-se, pois, em face das considerações precedentes, o quanto é descabido, absurdo mesmo, pretender que a

súmula vinculante nº 13 do STF lhes deva ser aplicada. É claro a todas as luzes, é perceptível, mesmo a um primeiro súbito de vista, a total ausência de fundamento para estender-lhes restrições, que são plenamente compreensíveis na investidura de cargos na Administração direta ou indireta, mas literalmente disparatadas em relação aos que estão a exercer em caráter privado uma atividade delegada.

Acaso dita súmula deveria ser aplicada também e pelos mesmos fundamentos aos concessionários e permissionários de serviço público? Aos leiloeiros oficiais, aos tradutores públicos? É suficiente estender a hipótese aos que se encontram em posição jurídica similar aos notários e registradores para que se perceba o quanto é teratológica a suposição contemplada na segunda indagação da Consulta.

Deveras, o mesmo jurista ilustre nos adverte:

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis” (op. cit., pág. 166).

Por último, anote-se que o óbvio fundamento da súmula vinculante em apreço é o princípio da moralidade ao qual se reporta o art. 37 da Constituição. Ora, dito princípio se refere à conduta dos que se encartam na Administração Pública, justamente porque são retribuídos pelos cofres públicos, porque ocupam prédios públicos, servem-se de equipamentos públicos e consomem material fornecido pelo Poder Público. Assim, não se justificaria que desfrutassem disto, por se beneficiarem de relação de parentesco com agentes públicos. Se, todavia, nada disto se coloca, por estar em pauta situação visceralmente diversa, que não propõe

qualquer dos fatores mencionados, é de solar evidência que não comparece para nada o aludido princípio.

Com efeito, vale invocar outra vez o alerta de
CARLOS MAXIMILIANO :

*“Cumpre evitar, não só o demasiado apêgo à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de **forçar a exegese** e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto idéias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ogerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos”* (op. cit., pg. 118).

A advertência é importante, pois como ele mesmo disse:

“... quando o intérprete se excede, incorre na censura de Bacon - a de “torturar as leis a fim de causar torturas aos homens - torquere leges ut homines torqueat” (op. cit. pg. 155).

Donde, se o CNJ pretendesse impor a notários e registradores as restrições contempladas na mencionada súmula, sobre desbordarem de sua dicção e de sua razão de existir, estariam incorrendo em superação da própria competência tanto por impor comportamentos não contemplados nas atribuições que a lei nº 8.935 atribui ao Poder Judiciário, quanto por exceder as que o art. 103-B, § 4º, III da Constituição lhe irrogou.

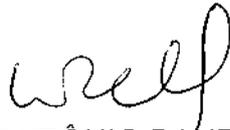
15. Isto tudo posto e considerado, às indagações da Consulta respondo:

I - A competência constitucional do CNJ relativa ao processamento das reclamações e avocação dos processos nas instâncias inferiores, à toda evidência, não lhe confere atribuição legislativa, nem a possibilidade de editar resoluções com força de lei, nem a de produzir inovação em matéria administrativa ou substantiva da atividade notarial e de registro a título de interpretar normas legais, aportando-lhes conteúdo desbordante do §1º do art. 236 da CF ou contraposto ao que resulta da lei 8.935/94;

II - O CNJ, em nome dos princípios estatuídos no art. 37 da CF, de modo algum poderia, a título de combater nepotismo, aplicar ou determinar a aplicação da súmula vinculante nº 13 do STF ou disposições equivalentes aos serviços notariais ou de registro, restringindo com isto a contratação de pessoal que tenha relação de parentesco com o titular da delegação de serviços notariais ou de registro, seus auxiliares, escreventes, e substitutos de sua inteira confiança.

É meu parecer.

São Paulo, 04 de fevereiro de 2009



CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO
OAB-SP nº 11.199