

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA PUCSP
E PROFESSOR EMÉRITO DA MESMA UNIVERSIDADE

A Associação dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo
- ANOREG-SP submete-nos a exame a seguinte

CONSULTA

“1. Considerando que a função pública delegada de natureza notarial ou registral impõe deveres atinentes à otimização da qualidade dos serviços prestados pelos notários/registradores, pode ser afirmado que esta mesma natureza de função pública exige que o Poder Público proporcione aos notários/registradores poderes e meios necessários ao cumprimento efetivo de tais deveres? Em caso positivo, dentre tais poderes e meios se incluem os meios econômico-financeiros?

2. Dadas as diferenças e semelhanças entre os serviços públicos concedidos e as funções notariais e registrares, é possível aplicar às delegações notariais/registrares o regime jurídico atinente à garantia do equilíbrio econômico-financeiro do serviço concedido? Neste sentido, poderia o Poder Público (federal

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA PUCSP
E PROFESSOR EMÉRITO DA MESMA UNIVERSIDADE

2

e estadual), a bem de realizar políticas públicas, obrigar notários/registradores a prestarem serviços gratuitamente sem a correspondente previsão de uma compensação econômico-financeira, suportando, assim, com seus patrimônios pessoais, os ônus decorrentes desta política pública?"

Às indagações respondo nos termos que seguem.

PARECER

1. A delegação de serviços notariais e de registro e a concessão de serviços públicos são institutos jurídicos que têm acentuados pontos de contacto. O que substancialmente os diferencia é que no primeiro caso estão em pauta *atividades jurídicas* e no segundo *atividades materiais*. Sem embargo, sobre serem, igualmente, formas de exercício de atividades públicas por particulares, apresentam vários outros pontos de afinidade em decorrência mesmo desta qualificação que lhes é comum.

Assim, desde logo, os que as desempenham acedem a elas por vias democráticas, isto é, nas quais - como é natural em um Estado Democrático de Direito - o princípio da igualdade é plenamente respeitado: os interessados tornam-se concessionários de serviço público com base no sucesso em uma licitação; os delegados em serviços registrais ou notariais, por via de concurso público. Ou seja, em um e outro caso, é uma disputa aberta o que os credencia.

Tanto na concessão, quanto na delegação em causa, as condições de prestação da atividade são fixadas pelo Poder Público. Em ambas, o interesse na melhor realização daqueles misteres é o que preside a prestação deles, razão pela qual o Estado pode modificar os termos de seu desempenho sempre que conveniências públicas o exijam.

Os misteres correspondentes ao serviço notarial e registral, tal como os relativos à concessão, são desempenhados por conta e risco de seus exercentes. Em uma e outra, os titulares destes encargos são particulares em colaboração com a Administração e os agentes a eles subordinados são seus empregados, não tendo vínculos com o Poder Público. Outrossim, a atuação de ambos pode suscitar responsabilidade subsidiária do Estado, visto que a atividade exercida é pública e só pode estar em mãos privadas por habilitação outorgada pelo Poder Público.

2. É claro a todas as luzes, então, que o Estado tem o máximo interesse em disciplinar tais encargos em termos que garantam a seus prestadores as condições adequadas para que possam oferecer o mais satisfatório atendimento ao interesse público que justifica a atividade em si e o trespasse de seu exercício aos particulares. Inversamente, não tem interesse algum em sonegar-lhes tais condições, ou em criar empecos de natureza econômica que lhes possam acarretar onerações prejudiciais, como também não tem nenhum justificável interesse em agravar economicamente a situação que desfrutem no desempenho das atividades que lhes foram trespassadas.

Quaisquer ônus deste gênero somente poderiam engendrar dificuldades à boa prestação do exercício notarial ou de registro, além de desestimular tanto os que a desempenham quanto os que viriam a interessar-se em desempenhá-las futuramente.

De resto, ao realçar, com o eminentíssimo publicista italiano GUIDO ZANOBINI - um autor clássico do direito administrativo - a razão pela qual tais sujeitos assumem os encargos em apreço, emerge claramente o contrasenso que seria a produção de agravos ao equilíbrio econômico da atividade posta a seu cargo. Disse o eminente autor:

*" ... nel soggetto privato, il fine que questo si propone nell' esercizio della pubblica funzione, è distinto dal fine statale a cui questa funzione provvede, perchè è un fine privato, di solito un fine di lucro. Si può dire, anzi, che **il servizio pubblico, o la pubblica funzione**, serve di mezzo al privato per conseguimento di questo suo fine personale" (Corso di Diritto Amministrativo, CEDAM, 1944, vol I, pag. 181 - destaques nossos).*

Foram justamente estas noções que nos levaram a fazer, em obra teórica, com relação à concessão de serviço público, a seguinte averbação que calha à fiveleta também para a delegação de atividade notarial e registral:

"Para o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do

serviço" (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Eds., 2009, 26ª ed., pags. 706-707).

Do mesmo modo, HELY LOPES MEIRELLES, com sua proverbial capacidade de síntese e agudez de análise, referindo-se aos contratos administrativos, mas em termos equivalentemente aplicáveis à delegação da atividade notarial e registral, averbou:

"O contrato administrativo, por parte da Administração destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas, por parte do particular contratante objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, em sua plenitude, mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o modo e forma da prestação contratual, para melhor adequação às exigências do serviço público". (Licitação e Contrato Administrativo, Ed. Rev. Trib., 3ª ed., 1971, pg. 205).

3. Apontadas as características destas duas aludidas modalidades de desempenho de atividade pública por particulares, pode-se apontar a lógica que preside o regime de ambas, colacionando averbações análogas às que de outra feita fizemos ao propósito das concessões de serviço público, pois também nisto se igualam. A saber:

Há duas ordens de interesses que se devem compor na relação em apreço. O interesse público, curado pela Administração, reclama dele flexibilidade suficiente para atendimento das vicissitudes administrativas e variações a que está sujeito. O interesse particular postula suprimento de uma legítima pretensão ao lucro extraível do desempenho da atividade em apreço, segundo os termos que as vinham regendo ao tempo do travamento do vínculo. Daí que se defere a cada qual o que busca no negócio jurídico. Nem faria sentido conceder-lhes ou mais ou menos que o necessário à satisfação dos fins perseguidos.

Por isso mesmo não há fugir à conclusão de que ao Poder Público pertencem todas as prerrogativas necessárias ao bom asseguramento do interesse público, de sorte que pode adotar as providências requeridas para tanto, ainda que impliquem alterações nos termos iniciais. Também não há evadir-se à conclusão de que nunca por nunca poderá a Administração esquivar-se à contrapartida delas, isto é, ao cabal ressarcimento dos gravames resultantes para a contraparte dessarte afetada.

A contrapartida dos poderes da Administração é, então, uma proteção em proveito do particular, de modo que a desigualdade encarecida, equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro por ele buscado ao se credenciar como notário ou registrador.

4. De há muito se recusa a visão autoritária que supunha caber ao Poder Público agir a seu talante, com plena liberdade, desconhecendo interesses privados, sempre que pudesse

invocar para tanto a existência de um interesse público justificador da providência a ser expedida.

Esta visão autocrática deixou de prosperar com a progressiva implantação de conceitos mais afinados com o Estado Democrático de Direito e, pois, com um crescente respeito aos direitos individuais e conseqüentemente aos interesses patrimoniais de cada qual. Assim, o moderno direito público espelha uma visão muito mais afinada com a dignidade da pessoa humana e com todos os consectários dela, no que se inclui, como é sabido, a *segurança jurídica*, a *afirmação do dever de lealdade do Poder Público*, o *respeito à boa fé dos administrados* e a *suas expectativas legítimas*, inclusive no que concerne à intangibilidade patrimonial.

Assim, por exemplo, até o próprio princípio da legalidade sofreu atenuações por amor ao princípio da segurança jurídica e da boa-fé, como assinala ALMIRO DO COUTO E Silva em substancioso estudo no qual afirma:

"Aos poucos, porém, foi-se insinuando a idéia de proteção à boa-fé ou da proteção à confiança, a mesma idéia, em suma, da segurança jurídica, cristalizada no princípio de irretroatividade das Leis ou no de que são válidos os atos praticados por funcionários de fato, apesar da manifesta incompetência das pessoas que deles emanaram". ("Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado Contemporâneo" - Conferência realizada no VI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, outubro

de 1987, em Belém, Pará, publicado na RDP vol. 84, págs. 46 e segs.).

5. Em tema de contrato administrativo, já de algum tempo, a doutrina internacional passou a reconhecer que alguns deles não de ser considerados "contratos de colaboração", de tal sorte que Administração e particular não podem e não devem ser considerados como oponentes que lutam entre si, mas como partes empenhadas em uma tarefa de interesse geral. Neste sentido é a observação de BENOÎT, de acordo com quem, as partes não se apresentam como lutadores que se confrontam, cada qual "*procurando encontrar as fraquezas do outro, quais contratantes de direito privado*", mas como dois colaboradores cooperando no mesmo empreendimento (Le Droit Administratif Français, Dalloz, 1968, pág. 588).

Eis, pois, que, desde logo, seria evidentemente anacrônico imaginar que providências relativas à vida notarial ou registral poderiam, em nome do interesse público, ser tomadas de maneira a significar inseqüentemente agravos econômicos aos agentes que titularizam tal atividade, sem que o Poder Público tivesse que reequilibrar os termos sobre os quais estava assentada a relação constituída para compor a prestação em que se consubstanciam.

Em outro tempo histórico, no qual "interesse público" era como que uma palavra mágica brandida de maneira a embargar qualquer pretensão dos administrados, talvez dita suposição pudesse encontrar acolhimento. Não porém na

atualidade quando, sem em nada enfraquecer a conveniente e necessária prevalência do sobredito interesse e sua afirmação predominante, reconhece-se, de outra parte, a também conveniente e necessária proteção aos interesses privados que devam, em face disto se adaptar, promovendo-se, pois, a eqüitativa compensação patrimonial. Dessarte, ambos os bens jurídicos se compõem sem que a prevalência de um signifique o aniquilamento de outro.

6. De toda sorte, o fato é que a similitude de situações entre concessão de serviço público e delegação da função pública notarial e de registro é, de per si, suficiente, para entender-se que, *também no que atina ao respeito ao equilíbrio econômico financeiro, as soluções cabíveis para uma e para outro não de ser as mesmas*. Cabe, então, lembrar as cediças lições doutrinárias apontadas para este aspecto.

ANGE BLONDEAU, autor clássico no tema concessão de serviço público, após observar que consistindo a remuneração dos concessionários em tarifas cobradas dos usuários e sendo estas fixadas pelo concedente, se lhe vierem a ser impostos encargos novos, os prestadores do serviço não poderão, como o faria qualquer empreendedor, lançar o peso deles sobre os ombros da clientela, elevando os preços que teriam de pagar. Em consequência, o Poder Público terá que responder por estes acréscimos indenizando o concessionário. Anota que:

"as vantagens pecuniárias que o negócio confere ao concessionário foram calculadas

com base em determinadas disposições regulamentares. Se estas são remanejadas pela Administração de modo a agravar-lhe a situação pecuniária, o equilíbrio desaparece. A obrigação da Administração indenizar o concessionário não tem outro fim senão adaptar a condição financeira do concessionário à nova lei do serviço". (La Concession de Service Public, Libraire Dalloz, 1930, pags. 196-197).

GEORGES PEQUIGNOT, igualmente um clássico no tema contrato administrativo, apostilou ao respeito da situação da contraparte da Administração:

"Ele não consentiu seu concurso senão na esperança de um certo lucro. Aceitou tomar a seu cargo trabalhos e áleas que, se não houvesse querido contratar, seriam suportados pela Administração. É normal que seja remunerado por isso.

Além disso, seria contrário à regra da boa-fé, contrário também a qualquer segurança dos negócios, e portanto perigoso para o Estado social e econômico que a Administração pudesse modificar, especialmente reduzir, esta remuneração" (Théorie Générale du Contract Administratif, Paris, A. Pedone, 1945, pgs. 434/434).

É que, como o disse JEAN RIVERO, referindo-se à remuneração do contratado:

"As disposições relativas à remuneração escapam do poder de modificação unilateral da administração" (Droit Administratif, Dalloz, 3ª ed., 1965, pag. 111).

ANDRÉ DE LAUBADÉRE, JEAN-CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDEMET, em obra atual, observam que no concernente ao equilíbrio econômico-financeiro, afora as noções correntes relativas a quaisquer contratos administrativos, convém lembrar apenas que *"este direito existe sempre para o concessionário, haja ou não sido previsto no caderno de encargos"* (Traité de Droit Administratif, LGDF, tomo I, 1992, 12ª ed. , pags. 752-753).

7. Em suma: Posto que está em pauta o desempenho de atividade pública, na qual, pois, o Estado tem evidente interesse, bem como o fato de ter sido reputado conveniente que tal atividade fosse prestada por particulares - o que, no caso brasileiro, foi objeto até mesmo de disposição constitucional - não pode padecer a menor dúvida ou entre dúvida de que os meios adequados ao exercício dela jamais poderiam ser recusados pelo Estado.

É igualmente óbvio que a anteposição de obstáculos, como o seriam, os de deprimir a rentabilidade da prestação dos serviços pela *superveniente* imposição de gratuidade em relação a certos atos, afetaria o equilíbrio inicial. De resto, em certos casos, poderia até mesmo, dependendo dos atos tornados gratuitos e do peso deles na receita do titular, quase inviabilizar o exercício da atividade, tornando-a anti-econômica para seus prestadores, se não lhes fosse oferecida a compensação reequilibradora.

É, pois, claro a todas as luzes que se o Poder Público intenta realizar projetos políticos, por certo pode fazê-lo, não porém a expensas de quem desempenha uma atividade com o fito de lucro, como disse ZANOBINI inicialmente citado, e que, como anotou PEQUIGNOT, também dantes citado, aceitou tomar a seu cargo trabalhos e áleas que seriam suportados pelo Poder Público se o particular não os houvera assumido sob a égide do próprio Estado.

Há, por detrás desta forma de prestação da atividade registral e notarial, o mesmo esquema lógico que preside as concessões de serviço público, isto é: transferência do desempenho de atividade pública para particulares que, por sua conta e risco, mas nas condições estabelecidas pela autoridade, aceita assumi-las ante a perspectiva de um proveito econômico concebido em função dos termos inicialmente vigorantes e sob a garantia de que não serão subvertidos e fraudada a boa fé de quem neles se assentou sob patrocínio estatal.

Eis, pois, que hão de ser regidos por critério similar ao que rege as concessões e que a elas devem ser reconhecidos direitos econômico financeiros segundo equivalente padrão. Aliás, se por outra razão não fora, os princípios da lealdade e da boa fé, que obrigatoriamente comandam toda a atividade estatal exigiriam o sobredito acatamento, até porque ditos princípios são expressões concretas da moralidade administrativa cuja positividade entre nós é expressamente imposta pelo art. 37, "caput" da Constituição Brasileira.

8. Ainda que não existisse tal preceptivo, haver-se-ia de reconhecer a importância dos sobreditos princípios, atentos à preciosa lição de JESÚS GONZÁLES PEREZ. Este eminente professor espanhol, em monografia preciosa sobre o princípio da boa fé *em direito administrativo*, anota que tal princípio independe de consagração legal, ressalta sua importância no direito administrativo, aclara-lhe o conteúdo e indica o âmbito de sua aplicação, nas seguintes passagens que merecem cita literal:

"El de buena fe aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al Ordenamiento, informan la labor interpretativa y constituyen decisivo instrumento de integración.

El hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter" (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Madrid, 1983, pág. 15).

"El principio general de la buena fe no solo tiene aplicación en el Derecho Administrativo, sino que en este ámbito adquiere especial relevancia. Como dice GUASP 'todos los campos del derecho estatal son clima propicio, como cualquier otro, al desarrollo de esta verdadera patología de lo jurídico. Y es más, ella se dá en el seno de los principales elementos que conjuga la relación jurídica estatal: la Autoridad y el súbdito'.

Porque, en efecto, la presencia de los valores de lealtad, honestidad y moralidad que su aplicación comporta es especialmente necesaria en el mundo de las relaciones de la Administración con los administrados" (op. cit., pág. 31).

*"La buena fe, a cuyas exigencias han de ajustar su actuación todos los miembros de la comunidad, sólo puede predicarse, en sus recíprocas relaciones, de la actitud de uno en relación con otro. Significa - dice LACRUZ - que este otro, según la estimación habitual de la gente, puede esperar determinada conducta del uno, o determinadas consecuencias de su conducta, o que no ha de tener otras distintas o perjudiciales. La jurisprudencia civil ha delimitado correctamente su ámbito de aplicación. Como en la sentencia de 24 de junio de 1969 (Ponente: BONET), al decir que la buena fe **'significa confianza, seguridad y honorabilidad basadas en ella, por lo que se refieren sobre todo al cumplimiento de la palabra dada; especialmente, la palabra fe, fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de otra en el comportamiento de sus obligaciones, fiado en que ésta no le engañara'** (op. cit., pág. 40 - grifos nossos).*

Adverte que tal principio

"es exigible en los actos jurídicos, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de obligaciones" (op. cit., pag. 1).

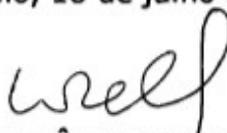
9. Isto tudo posto e considerado, às indagações da Consulta respondo

1. Sem dúvida a natureza de função pública exige que o Poder Público proporcione aos notários/registradores poderes e meios necessários ao cumprimento efetivo de tais deveres; entre eles se incluem os indispensáveis meios econômico-financeiros para suporte e remuneração da sobredita atividade;

2. É perfeitamente cabível aplicar às delegações notariais/registrais regime jurídico análogo ao da concessão de serviço público no que concerne à garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Daí que o Poder Público (federal e estadual), a bem de realizar políticas públicas, não pode, sem a correspondente previsão de uma compensação econômico-financeira, obrigar notários/registradores a prestarem serviços gratuitamente, suportando, assim, com seus patrimônios pessoais, os ônus decorrentes desta política pública.

É o meu parecer.

São Paulo, 10 de julho de 2009



CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO
OAB/SP: 11.199