

FUNÇÃO PÚBLICA E FÉ NOTARIAL

CLÁUDIO MARTINS

A palavra *função*, do latim *functio*, significa, etimologicamente, o exercício de um ofício, cargo ou emprego.

A letra dos dicionários, exprime o tipo de ação desenvolvida por órgão, aparelho ou máquina.

A este estudo interessa unicamente a aceção de atividade própria de um órgão: o Notário.

Órgão é tudo quanto serve de meio ou instrumento para a realização de uma atividade específica.

Tecnicamente, é cada uma das partes de um organismo capaz de desempenhar uma função.

Como adverte Joaquim Pimenta, as expressões *órgão* e *função*, que foram quase privativas da ciência biológica, “passaram a ter uso não menos freqüente em sociologia, ou desde quando surgiu a primeira escola sociológica, com Herbert Spencer, a que se deu o nome de *organicista*, por haver considerado a sociedade um *organismo* ou um *superorganismo*, com um sistema de órgãos e funções, idêntico ou análogo ao dos seres vivos”. (1)

Dentro dessa linha de pensamento, a sociedade política ou o Estado será, assim, um superorganismo, realizando funções variadas através de órgãos especializados.

Tal especialização pode assumir forma *administrativa*, como qualquer órgão estatal, inclusive o funcionário público; *jurídica*, como a Ordem dos Advogados, um Tribunal, um juiz ou um advogado; *econômica*, como uma empresa; *educacional*, como uma Universidade, um estabelecimento de ensino ou um professor; *reli-*

(1) Joaquim Pimenta — *Enciclopédia de Cultura*, Rio, Freitas Bastos, 1963, 2.^a ed., v. I, p. 298.

giosa, como uma congregação religiosa ou um sacerdote; *profissional*, como um ofício público ou um Notário, e assim por diante, tudo em consonância com a natural diversificação das relações geradas pela vida social.

Nesta altura cabe repetir o cediço: a função faz o órgão. (2)

Na hipótese da função notarial, por exemplo, antes de qualquer outra coisa, surgiu, no relacionamento dos grupos sociais primitivos, sobretudo no relacionamento econômico, a necessidade de mediação. E o intermediário foi, a princípio, um *memorista*, depois um *arconte*, um *agoránomo*, um *escriba*, um *tabularius*, um *tabellio*, um *notarius*, até chegar ao profissional do Direito contemporâneo do *Corpus Juris Civiles*, de Justiniano, que lhe deu a primeira regulamentação (3) e da Escola de Bolonha que, através da obra de Rolandino Passaggeri, lhe emprestou a significação profissional de que hoje desfruta.

Depõe Ignacio M. Allende que Justiniano foi quem atribuiu ao Notário função documental organizada e Rolandino a relevância jurídica e profissional.

Do que vai dito acima se conclui que o relacionamento consensual, que é função social, gerou um órgão especializado — O Notário moderno, em regra e por definição um especialista altamente qualificado, ainda mesmo naqueles Estados em que a função notarial se encontra confundida com a função pública administrativa, eminentemente estatal, como nos países que não reconhecem a iniciativa privada. É o caso da União Soviética, onde o Notário, além de prática comprovada, deve portar conhecimentos jurídicos elevados.

É de ver-se que a função social nunca se desenvolve em favor de um único indivíduo: tem, invariavelmente, um sentido coletivo (*erga omnes*), podendo cingir-se a uma coletividade menor (comunidade religiosa, instituição educacional ou previdenciária, empresa pública ou particular etc.) ou estender-se a toda a sociedade política.

Na última hipótese, isto é, quando a função social abrange todo o Estado, ela pode ser pública estatal (administrativa, legislativa, judiciária etc.) ou pública não estatal, como ocorre com a função notarial nos países do tipo latino, em que o órgão que a desempe-

(2) Martínez Segovia — “Cuando los seres necesitan, vitalmente, de una función, la Naturaleza hace desarrollar y diferenciar él órgano que ha de ejecutarla, servirla y cumplirla.” **Función Notarial**, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1961, p. 27.

(3) Cf. Ignacio M. Allende — **La Institución Notarial**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 29.

nha geralmente é um profissional do Direito, com características próprias, executando-a autonomamente, sem identificar-se, de modo algum, com as funções peculiares ao Estado, que lhe não empresta cobertura obrigacional, como o faz com seus verdadeiros agentes.

O funcionário público, como preleciona Martinez Segovia, se caracteriza por exercer uma função do Estado, tendo relação constante e necessária com ele e em seu nome movimentando e executando sua vontade, sob sua principal responsabilidade, dele, Estado. (4)

Conceituando a expressão “função pública”, assim se manifesta o jurista brasileiro De Plácido e Silva: “Nesta função... integra-se não somente a que se refere à *administração pública*, como toda a que decorre de uma imposição de ordem legal, para desempenho de um mister, que não é administrativo, mas se mostra de interesse coletivo. Dizem-se, em certos casos, de *munus publico*. Assim, a qualidade de *função pública* não vem da condição de importar numa função de ordem administrativa pública, mas por se mostrar uma imposição ou um encargo de interesse coletivo ou público. A função referente à administração dir-se-ia melhor função administrativa pública.”

E conclui: “A condição do encargo, não a natureza do serviço, é que determina o caráter público da função.” (5)

A atividade notarial é, em consequência, função pública não estatal, devendo ser chamada simplesmente função pública notarial ou função notarial. Pública porque *erga omnes*, ou seja, dirigida a todos e exercida no interesse geral da sociedade. Nunca, porém, estatal, no sentido de ser exercitada por funcionário público, em nome e sob a responsabilidade do Governo, salvante naqueles países ou localidades em que o notariado se encontra estatizado ou burocratizado.

Na verdade, embora a função notarial se desenvolva na área privada dos negócios jurídicos, o Estado não poderá ignorá-la, como não o fará com qualquer função social.

No entanto, no que tange ao notariado, ele se limita a tutelar o exercício dos direitos privados, nomeando os Notários, disciplinando-lhes as atribuições e remuneração, esta à conta dos respectivos clientes, e fiscalizando-lhes, direta ou indiretamente, a ação, por meio de Colégio, Ordem ou instituição estatal compatível.

(4) **Op. cit.**, p. 161. Voltaremos ao assunto, na segunda parte deste ensaio.

(5) De Plácido e Silva — **Vocabulário Jurídico**, Rio, Forense, 1963, 1.^a ed., v. II, p. 723.

Quase o mesmo ocorre com os advogados e nem por isso eles seriam funcionários públicos.

A confusão que ordinariamente se faz em torno da natureza da função notarial reside em que o assunto é, em regra, encarado à base de preceitos, ao invés de conceitos, como o faz, sabiamente, Martinez Segovia que, em seu livro *Función Notarial*, assim se expressa: “Meu desejo é chegar a colecionar as idéias que se devem reunir para dar com a teoria da função notarial e não deixar-me limitar nem distrair pelo que as leis digam em meu país ou em outros de notariado latino, o que não implica deixar de usar o material dos preceitos como material da experiência, desde que possam ser reduzidos à categoria de conceitos.” (6)

O preceito muita vez chega a conclusões contraditórias, quando não inconstitucionais, como ocorre no Brasil, onde o Notário é, de fato, um oficial público autônomo, mas definido em lei como funcionário público, sendo certo, por outro lado, que nos Estatutos Judiciários brasileiros ele vem confundido com os auxiliares da Justiça.

Assim é que a Lei n.º 5 621, de 4 de novembro de 1970, regulamentando o art. 144, § 5.º, da Constituição, em seu art. 6.º, inciso IV, prescreve:

“Art. 6.º — Respeitada a legislação federal, a organização judiciária compreende:

.....
IV — Organização, classificação, disciplina e atribuições dos serviços auxiliares da justiça, *inclusive tabelionatos e ofícios de registros públicos.* (7)

Ora, sendo esse preceito lei ordinária, não pode ele sobrepor-se à Constituição da República, que no § 5.º do art. 144, citado apenas abriu uma exceção ao Poder Judiciário, permitindo-lhe legislar — função própria do Poder Legislativo — no que tange à divisão e organização judiciárias, e nada mais que isso.

É o que se infere necessariamente da regra referida, assim concebida:

“§ 5.º — Cabe ao Tribunal de Justiça dispor, em resolução, pela maioria absoluta de seus membros, sobre a divisão e organização judiciárias, cuja alteração somente poderá ser feita em cinco anos.

(6) **Op. cit.**, p. 25.

(7) O grifo é nosso.

Não vemos onde se possa inserir nessa exceção o Notário público, já que o notariado não é serviço auxiliar da Justiça. Tal a conclusão que sugere o art. 139 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 139 — São auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.”

Advirta-se que o exercício da função notarial independe de ingerência do Poder Judiciário, inexistindo qualquer vínculo real de subordinação. O Notário age livremente, sendo apenas fiscalizado por esse Poder porque tal é a praxe no Brasil, já que o Executivo não quer fazê-lo, como seria mais razoável.

Oportuno é trazer para esta discussão palavras proferidas pelo eminente jurista José Frederico Marques, durante o III Congresso Notarial Brasileiro, realizado no Recife, Pernambuco, em setembro de 1974.

Disse o mestre compatricio, reportando-se a essa erronia dos Estatutos Judiciários e da Lei n.º 5 621:

“Difícilmente se encontrará uma qualificação funcional tão errada como esta. Diga-se, no entanto, que é fruto de errados conceitos, também tradicionais, do nosso Direito, da nossa doutrina jurídica, porque o tabelionato, o notariado, de modo algum está incluído na órbita da organização judiciária. Na organização judiciária se compreendem, além de Juízes e Tribunais, os órgãos auxiliares destes. São aqueles constantes do art. 139 do Código de Processo Civil: “São auxiliares do Juízo o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.” Com relação a estes é que podem ou devem os tribunais legislar, nunca com relação ao notariado. A função legislativa do Poder Judiciário é excepcional. Não cabe ao Poder Judiciário fazer leis. Isso é atribuição do Poder Legislativo e a nossa Constituição consagra o princípio da separação de poderes. De maneira que é uma atribuição toda excepcional, que tem de ser interpretada restritivamente. Por que se deu ao mais alto órgão das justiças locais esta atribuição normativa? Para garantir a independência das justiças locais. Para se lhes dar aquilo que Calamandrei, na Constituinte Italiana, chamou de autogoverno da Magistratura. Esse autogoverno da Magistratura, essa autonomia do Judiciário hoje é considerada inerente à sua independência. Daí ter sido dada nos Estados essa atribuição normativa aos Tribunais de Justiça. Mas a organização do notariado não tem nada a ver com o autogoverno da Magistratura. O autogoverno da Magistratura diz respeito a seus auxiliares, à organização também dos juízes e tribunais, não, porém, de serviço público, como o notariado, estranho à organização judiciária.”

Em síntese, o Notário público exerce uma função pública notarial no setor privado e o faz autonomamente, sob sua exclusiva responsabilidade, enquanto que o funcionário público, mero agente governamental, exerce função pública administrativa, em nome e sob imediata responsabilidade do Estado.

Só por isso não será errôneo dizer-se que a função notarial pode ser uma função pública a cargo de um particular. Só será função pública a cargo de um funcionário público administrativo quando estatizada.

Não há, pois, como confundir o notariado do tipo latino com o funcionalismo público. O contrário disso seria estatizá-lo sem reservas e, como diz Ignacio M. Allende, “notariado estatizado significa intervencionismo do Estado nos atos da vida civil dos cidadãos, atos esses muitas vezes personalíssimos, a ponto de, tratando-se de segredo profissional, equiparar-se o Notário a um confessor. O notariado estatizado significa burocracia, com toda a seqüela de suas implicações. Notariado estatizado, dentro do Direito latino, significa avanço contra as liberdades individuais.”

E indaga: “Cabe ao Estado impor ao enfermo um médico ou ao réu seu defensor? Cabe, dentro de um ordenamento político, filosoficamente baseado no direito e na liberdade, estatizar as profissões e regulamentar a atividade privada além do grau organizacional imprescindível?” (8)

A resposta a essas percucientes indagações está implícita em conclusões do III Congresso Internacional do Notariado Latino, vadasas nos seguintes termos:

1.º) O Notário desempenha um papel eminentemente social, já como elaborador do instrumento notarial, já como conselheiro e conciliador das partes que a ele recorrem.

2.º) Para o normal desempenho profissional deve gozar da independência necessária.

A excessiva ingerência administrativa poderia limitar sua função social.

3.º) O Estado tem interesse em proteger essa independência, que assegura o cumprimento da função social e deve, portanto, conceder ao Notário o máximo de faculdades possíveis.

(8) Ignacio M. Allende — *La Institución Notarial y el Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 81.

* *
*

Para realizar os seus fins, a sociedade política, um superorganismo como vimos, se embasa em órgãos que desempenham as mais variadas funções. E a natureza de cada uma destas define o seu caráter estatal ou não estatal, isto é, se são funções que integram a competência do Estado ou, contrariamente, se são públicas apenas porque de natureza eminentemente social, mas exercidas por órgãos autônomos, diretamente responsáveis pelas consequências de sua atividade específica.

O primeiro embaraço à compreensão dessa axiomática verdade reside no arbitrário critério da grande divisão do Direito em *público* e *privado*.

Enquanto não se abandonar a verticalidade dessa colocação, que nada tem de científica, por esquematização horizontal que permita ordenar os ramos necessários da ciência jurídica por sua conveniência didática, ou pela autonomia legal e até mesmo estrutural (1) dos princípios e normas que podem ser encarados como um todo, persistirão confusões como a que dificulta a classificação do Direito Notarial, por alguns considerado público pela simples razão de o Notário exercer função pública, posto que não administrativa, como evidenciado; por outros considerado privado, por isso que o exercício da função que lhe corresponde se exaure na área privada dos direitos negociais ou das relações consensuais.

Afinal, na realização do Direito, o Estado edita leis através do Poder Legislativo; exerce a tutela dos chamados direitos públicos e privados por intermédio do Executivo, e restaura a ordem jurídica, acaso perturbada, por meio do Judiciário.

Para exercer o seu poder tutelar, ou seja, para aplicar o Direito, vale-se ele da Administração Pública, de que o funcionário público é um dos órgãos, e de órgãos autônomos por ele criados, regulamentados e fiscalizados, como ocorre com o Notário, com o corretor de câmbio, com o agente de leilão, dentre muitos outros.

Embora exercendo função de interesse público ou coletivo, nenhum desses órgãos age por delegação do Estado, pois que delegar é fazer-se substituir à guisa de representação tranqüila, como no mandato ordinário.

O que caracteriza a delegação é o vínculo que adstringe quem delega à responsabilidade pelos efeitos da obrigação assumida pelo delegado, representante ou agente.

(1) Para Alfredo Augusto Becker, a autonomia de qualquer ramo de Direito é problema falso. In **Teoria Geral do Direito**, São Paulo, Saraiva, 1963, p. 27.

Assim, se existisse uma delegação de competência do Estado ao Notário, os atos praticados por este, mero agente na hipótese, seriam atos da pública administração e não os de um oficial autônomo, plenamente responsável, como é o caso da quase totalidade do notariado do tipo latino, inclusivamente o brasileiro.

Tais considerações conduzem a outro empecilho ao entendimento da classificação do Direito Notarial: o conceito de *fé pública*.

Antes de mais nada, convém fique bem claro que a palavra *fé*, cujo étimo latino é *fides*, segundo uns derivado de *fidere*, consoante outros, de *facere*, comporta duas distintas acepções: pode ser a *convicção de fatos que se não vêem*, como está dito no Novo Testamento (2), *i. e.*, crença subjetiva ou passiva em algo que não percebemos por nossos sentidos, tal a fé religiosa; e pode ser fé imposta, fé positiva, relacionada a um ato, fato ou escrito que, uma vez sancionados ou autenticados por quem a detenha, transformam-se em instrumentos de prova só refutáveis por falsidade comprovada judicialmente. Na segunda hipótese acima a fé diz-se pública.

Fé pública, na esfera administrativa, observe-se, é um dos atributos do Estado, que a exerce por meio de seus órgãos ou funcionários.

O funcionário público administrativo, no entanto, para exercitá-la não recebe delegação, pois configura-se aí como o próprio Estado em ação e por isso o ato que pratica não se faz sua responsabilidade pessoal, mas sim do Poder Público, de que é mero agente ou mandatário.

Todavia, na administração da Justiça, ou, mais propriamente, na tutela dos direitos privados, o Estado pode preferir, como o faz em países de notariado latino, que a função autenticadora, função de *dar fé*, na área dos negócios jurídicos, seja exercida por órgão não estatal, como acontece efetivamente com o Notário não burocratizado, a quem a lei, e não o ato de delegação, atribui essa prerrogativa.

Tal, precisamente, a conclusão a que chega Fernando Tavares de Carvalho ao ponderar que a atribuição, pela lei, de fé pública ao Notário é bastante para provar não ser este funcionário público, pois que se o fora não necessitaria dessa atribuição, insita à sua qualidade de integrante da Administração. (3)

Temos, assim, a expressão *fé pública* revestida do sentido amplo de função estatal e não estatal conforme seja exercida pelo Po-

(2) **Epístola aos hebreus**, 11,1.

(3) Cf. Francisco Martinez Segovia — **op. cit.**, p. 164.

der Público, mediante seus agentes, no primeiro caso; ou por particular a quem a lei a atribua expressamente, no segundo.

Nessa genérica aceção, fé pública é o poder de autenticar, ora exercido por funcionário público, em nome e sob a responsabilidade do Estado, ora atribuído pela lei a *oficial público* (4), que a exercita autonomamente, sem vinculação ou dependência judicial ou administrativa.

Baseados nesse raciocínio, podemos dividi-la, sem mais profundas indagações, em três classes, pelo menos: *fé pública administrativa*, *fé pública judicial* e *fé pública notarial*.

A fé pública administrativa é a que autentica atos da administração pública, excetuados, por suas peculiaridades, os da administração da Justiça.

É, conseqüentemente, poder do Estado, oriundo de sua soberania. E ao exercê-lo o funcionário público, quando órgão devidamente autorizado, representa, como dissemos, o Poder Público, agindo em nome e sob a responsabilidade deste.

Rufino Larraud prefere defini-la como a *potestade de certificar a verdade dos fatos ocorridos nos procedimentos da Administração Pública, com exclusão da administração da Justiça*. (5)

Completando o conceito, assevera Enrique Gimenez-Arnau que o objeto da fé pública administrativa consiste em *dar notoriedade e valor de autenticidade aos atos realizados pelo Estado ou pelas pessoas de direito público dotadas de soberania, de autonomia ou de jurisdição* (6)

Já a fé pública judicial, também estatal e que se distingue daquela por envolver a documentação do processo na área puramente litigiosa, circunscreve-se aos atos de autenticação praticados por órgão auxiliar da Justiça ou do Juízo, em que seria errônia incluir os atos notariais.

Fé pública notarial ou, simplesmente, fé notarial, é fé extrajudicial ou extra-estatal.

(4) No *Petit Dictionaire du Droit*, editado pela Livraria Dalloz (Paris, 1951, p. 899), o oficial público é definido como titular de um ofício que exerce suas funções em virtude de investidura que lhe é conferida pelo governo, como acontece com solicitadores, tradutores públicos, agentes de câmbio, corretores de seguros, *Notários*, dentre outros.

(5) Rufino Larraud — *Curso de Derecho Notarial*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1966, p. 649.

(6) Enrique Gimenez-Arnau — *Introducción al Derecho Notarial*, Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1944, 1944, p. 30.

Caracteriza-se pelo fato de ser chancelada pela confiança coletiva que o povo deposita no ato praticado por Notário, que tem sua função, como asseverado, regulamentada pelo Estado e suas atribuições deferidas pela lei.

Como adverte Larraud, a fé notarial é pública porque emana do povo, ao que acrescentaríamos, como já temos feito tantas vezes, que o seu simples exercício por oficial público não o converte, só por isso, em funcionário público.

São palavras textuais do mestre uruguaio: "... fé, que es pública porque de él — del pueblo — emana". (7)

Tem havido, entretanto, em torno do conceito de fé pública notarial, assim como do de função pública notarial (idéias que se completam) as mais desencontradas posições e opiniões, quer na doutrina, quer do ponto de vista preceptivo.

Não nos ateremos a preceitos porque, amiúde, eles se mostram incongruentes, como é o caso da interpretação do § 5.º do art. 144 da Emenda Constitucional n.º 1 pela Lei 5621, de 4 de novembro de 1970, já trazida para este trabalho, limitando-nos, portanto, à análise dos aspectos doutrinários mais marcantes.

No emaranhado das concepções teóricas são identificadas, geralmente, quatro correntes doutrinárias: a *funcionalista*, que considera estatal a função notarial e, por conseqüência, o Notário funcionário público; a *profissionalista*, extremo oposto à posição anterior, já que considera o Notário um profissional liberal, o que, em que pese à abalizada orientação uruguaia, nos parece um exagero, pois, se o fora, o exercício da profissão independeria de nomeação e limitação por parte do Estado; a *autonomista*, bem mais lógica e perfeitamente aceitável se se cogita de autêntico notariado do tipo latino, em que o Notário, nomeado pelo Governo, é oficial público autônomo, dotado de fé pública pela lei — nunca por delegação —, exercendo função pública não estatal, isto é, nem propriamente administrativa, nem propriamente judicial, como de fato ocorre no Brasil, à exceção de limitadíssimas e frustras tentativas burocratizantes, até aqui provadamente ineficientes. (8)

O I Congresso Internacional do Notariado Latino sugere a quarta posição, ao definir o Notário do tipo latino como *profissional do Direito encarregado de uma função pública*, visto como função pública aí traria as características de função administrativa.

(7) *Op. cit.*, p. 641.

(8) Carnelutti, filiando-se a essa corrente, considera o Notário um intérprete jurídico, no mesmo nível do advogado. Cf. Segovia, *op. cit.*, p. 12.

Como se vê, teríamos uma função pública administrativa, com todas as suas implicações, a cargo de um particular — o Notário —, o que não nos parece coerente, nada obstante apresentar-se esse ponto de vista aceito por mestres da envergadura de um Eduardo Couture, de um Eliseo Guardiola, de um Jorge Feyok, de uma Luísa Riva, além de outros.

Filiando-se à primeira das prefaladas correntes, a *funcionalista*, Argentino Neri, após admitir, citando Mengual y Mengual, que “el fundamento de la fe pública se halla en la necesidad que tiene la sociedad, para su estabilidad y armonia, de dotar a las relaciones jurídicas de fijeza, certeza y autoridad, a fin de que las manifestaciones externas de estas relaciones sean garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos y hagan prueba plena ante todos y contra todos, cuando aquellas relaciones jurídicas entran en la vida del derecho en su estado normal”, conclui: “Tal es, en fin de cuentas, la imponente razón que ha existido para reconocer a la fe pública como el atributo de garantía *erga omnes* y la necesidad de fijarla en todo instrumento aseverado por *funcionario público competente*.” (9)

Talvez a expressão *funcionario público competente* implique aí em emprestar-se ao Notário a discutível qualidade de funcionário *sui generis*, desde que autônomo e diretamente obrigado pelos efeitos dos atos que pratica. Todavia, o que na verdade o eminente notarialista parece defender seria a necessária tutela estatal dos direitos privados, visto ser esta a conclusão a que leva o sábio magistério de Azpeitia Esteban, que Neri aceita e insere em seu excelente *Tratado*, com estas palavras: “. . . es menester que el estado, en función normal del derecho, imponga la verdad oficial a cuanta actividad jurídica surja del complejo de las relaciones humanas: las leyes, las sentencias judiciales, los documentos notariales carecerían de eficacia ante la sociedad organizada sí a cada instante pudiera ponerse en duda la legitimidad o autenticidad de sus contenidos”. (10)

Ponderável, igualmente, a opinião de Enrique Gimenez-Arnau, para quem a fé pública notarial constitui delegação que o Estado regulamenta, fato por que o Notário deve ser considerado funcionário público e pública sua função. (11)

Que o Estado pode regulamentar, como de fato, o faz, a função notarial não se discute, ante a importância com que ela se exterioriza no trato das relações negociais. Mas essa circunstância não

(9) Argentino I. Neri — *Tratado Teórico e Práctico de Derecho Notarial* Buenos Aires, Ed. Depalma, 1969, v. 2, pp. 423 e 424. O grifo é nosso.

(10) Argentino I. Neri — *Op. cit.*, v. 2, p. 423.

(11) *Op. cit.*, p. 41.

transforma necessariamente o Notário — profissional do Direito, legalmente competente para a prática dos atos notariais — em agente do Governo; nem imprime à função pública notarial o caráter de função pública *administrativa* ou *judicial*. Quem o diz, aliás, é o próprio Gimenez-Arnau ao registrar e aceitar a opinião de Zanobini, expressa nos seguintes termos: “La autenticidad del documento exige que el Notário sea un funcionario público. Pero no un funcionario del Estado; el ejercicio privado de la función pública notarial y su misión social niegan el carácter de funcionario del Estado”, (12) ao que Gimenez acrescenta, com apoio em tese de Nuñez Moreno, que todo funcionário do Estado é um funcionário público, mas a recíproca não é verdadeira, esclarecendo, ademais, que os sacerdotes, os catedráticos, os agentes de câmbio e bolsa, os corretores de comércio *exercem funções públicas* e são funcionários públicos, (13) *mas não funcionários do Estado*. (14)

Quanto à expressão *delegação*, já deixamos bem claro que não se pode considerar a função notarial uma delegação estatal.

É irrecusável que, sob prisma latino, ela não se faz privativa do Estado, senão excepcionalmente, nem os atos notariais, inclusive os de autenticação, se incluem nessa competência, já do ponto de vista administrativo, já do ponto de vista judicial, sendo certo que a delegação, na hipótese, teria que ser, inquestionavelmente, de competência.

Recordamos, por oportuno, que o notariado do tipo latino, para o qual estamos voltados nestas considerações, não é serviço auxiliar da Justiça.

Muitas outras reflexões poderiam ser aditadas à corrente funcionalista do notariado público.

Martinez Segovia, Argentino Neri e Emerito Gonzalez relacionam, dentre outros, Castán Tobeñas, que defende a tese segundo a qual o notário, ao autenticar e legitimar, age em nome do Estado; Gonzalez Palomino que, com apoio na lei orgânica do notariado espanhol (15), sustenta que a função notarial é pública e de caráter administrativo, e a fé notarial procede diretamente do Poder central (16); José Maria Mengual y Mengual, inabalável na opinião de que a função notarial é função estatal; Bellver Cano, que posiciona a função notarial no poder legitimador do Estado, como magistra-

(12) **Op. cit.**, pp. 42-43.

(13) Seria preferível dizer **oficiais públicos**.

(14) **Op. cit.**, p. 43.

(15) A lei espanhola de 1862 diz, em seu art. 1.º, que o Notário é o funcionário público autorizado a dar fé.

(16) **Apud Neri** — **op. cit.**, v. 2, p. 433.

tura *in volentes*, e José Maria Mustapich, para quem o poder de autenticar ou dar fé é monopólio do Estado.

Na oposta linde dessa discussão doutrinária vamos encontrar a colocação *funcionalista*, atenuada pelos *autonomistas*, a quem nos filiamos sem reservas.

Os mais acérrimos propugnadores do notariado como profissão livre, de transcendência social e, por isso, especialmente regulamentada, são os mestres argentinos Ignacio M. Allende e Jorge Allende Iriarte. (17)

Assevera, textualmente, o primeiro desses eminentes notarialistas:

“Cualquiera sea el valor científico de la teoría del poder certificante del Estado, lo cierto es que el Escribano no actúa por delegación de facultades (no es funcionario público), y que la función autenticadora y certificante del notario no constituye en modo alguno una función pública.” (18)

O jurista brasileiro Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, em sua excelente *Teoria dos Servidores Públicos*, preleciona:

“Já os delegados de função pública ou serviços públicos levam-nos a efeito em seu nome, por sua conta e risco, como particulares, embora no interesse da coletividade e, por isso, com prerrogativas de império. Classificam-se, respectivamente, como ofício ou empresa, segundo o seu conteúdo seja uma atividade profissional, em cumprimento de simples atos de efeitos jurídicos ou atividade de prestação de comodidade de obra ou de coisa. Na primeira hipótese estão, exemplificativamente, os chamados serventúrios públicos, que se restringem à prestação de fatos jurídicos, e os institutos oficializados, como as escolas particulares, que não só praticam atos jurídicos, de expedição de diplomas, como atos materiais de transmissão de conhecimentos.”

E, mais adiante, no mesmo trabalho:

“Pelo fato de exercerem tais particulares atividades de interesse coletivo, e que, portanto, podem afetar o bem público, estão sujeitos ao controle do poder público. Tal de-

(17) Cf. Segovia — *op. cit.*, p. 40 usque 44.

(18) Cf. Cláudio Martins — *Direito Notarial*, Fortaleza, Imprensa Universitária, 1974, p. 59.

pendência, certamente, não se confunde com a hierarquia, pela razão simplíssima de não serem agentes públicos.”
(19)

Muito oportuna também, no que tange à natureza da função notarial, a opinião do administrativista Hely Lopes Meirelles, que assim se manifesta:

“Agentes delegados são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada 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. Nessa 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.”
(20)

Como se vê, os mestres brasileiros insistem na pouco provável idéia da delegação, mas colocam o Notário Público inteiramente fora da esfera administrativa do Estado.

No citado livro *Direito Notarial* observamos que o Notário do tipo latino não exerce função pública, mas ofício público. E chamamos em abono dessa tese cuja comprovação é um dos objetivos do presente esboço, o civilista português Luiz da Cunha Gonçalves.

Em nota de pé de página, escrevemos o seguinte:

“Cunha Gonçalves filia-se a essa opinião, ao anotar em seu Tratado: No código do Notariado de 1935, art. 1.º, diz-se que os notários são funcionários públicos, de nomeação do Governo e serventia vitalícia. Já vimos atrás o erro desta classificação, em vez da de oficiais públicos, usada neste Código (refere-se o autor do Código Civil Português). Como exatamente se disse no relatório do Decreto-lei n.º 26 115, de 23 de novembro de 1935, os conservadores do registro predial, os notários e os oficiais do registro civil

(19) Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — **Teoria dos Servidores Públicos**. In **Revista de Direito Público**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1967, v. I, p. 52.

(20) Hely Lopes Meirelles — **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1967, 5.ª ed., pp. 60-61.

constituem classe à parte, entre a profissão liberal e a função pública propriamente dita. Ao comentar o art. 2 422 do Código Civil Português, revela o eminente civilista que a expressão oficial público, com que é aí designado o Notário, foi erroneamente substituída no Código do Processo Civil por funcionário público. Entende Cunha Gonçalves que os Notários são simples oficiais públicos; exercem um ofício público, mas não uma função pública.” (21)

Poderíamos acrescentar uma considerável plêiade de emitentes escritores que advogam, prudentemente, a autonomia da função notarial e, conseqüentemente, a fé pública notarial como atributo da lei e não como delegação de Estado, que se não reserva a competência para praticar os atos notariais sob sua responsabilidade.

Mas vamos limitar-nos, para concluir, à transcrição de uma página de Argentino Neri, em que o escritor platino interpreta o pensamento de Fernando Tavares de Carvalho, pensamento que coincide integralmente com o nosso, inclusive quanto à divisão do Direito em público e privado.

Diz Neri:

“Tavares de Carvalho, aferrado en su particularísima tesis del derecho “integral”, que es antitética de la clásica teoría de la division del derecho en público y privado: a) sostiene que la fe pública es y ha sido siempre “atributo personal inherente al propio notario, y no real y condicionado a los requisitos de orden externo sobre los cuales reposan las formalidades de los títulos”; y en consideración a ello estima que el notario “es oficial de fe pública” instituido por la ley; por donde resulta que la fe pública, es un producto fácil de la ley escrita”, y por ende, no es “ni una garantía del estado, ni una prerrogativa superior que tenga que ser delegada”; y b) puntualiza que “si la fe pública es prerrogativa de la persona que ejerce la función de notario, o mejor aún, si los actos por ella practicados se revisten de fuerza ejecutiva en razón de haber sido autorizados “por esa persona como notario”, no debe esta necesidad del auxilio de otros para que tales actos queden revestidos del necesario sello de autenticidad. Realmente, si el estado, en el momento de la investidura, confiere fe pública al notario, y si posteriormente confirma esta a través de las disposiciones de la respectiva ley orgánica, serán

(21) Cf. Cláudio Martins — *op. cit.*, p. 57 e Cunha Gonçalves — *Tratado de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Ed., 1939, v. XIII, pp. 634-645. É evidente que o eminente civilista se refere à função pública administrativa.

suficientes la testificación y la firma del notario para que los actos por él autorizados contengan todo el poder o toda la fuerza de la cosa juzgada. El contenido de la fe pública ha de ser, pues, unitario y absoluto. No se comprende, en verdad, que el notario tenga fe pública integral para ciertos actos y no la tenga para otros. . .” Asi apoyado en todas estas premisas, Tavares de Carvalho extrae dos conclusiones: 1) “la fe pública no proviene del estado ni del aspecto formal del documento. Es un atributo de la cualidad profesional del notario que le ha de ser otorgado expresamente en la letra del respectivo reglamento; y 2) la fe pública es de contenido unitario y absoluto y no puede ser reforzada por medio de testificaciones ajenas, sean públicas o particulares.” (22)

* *
*

Este esboço do conceito de função pública e fé notarial é uma contribuição ao IV Congresso Notarial Brasileiro, a realizar-se em Porto Alegre.

O objetivo do autor é despertar a atenção das autoridades e do notariado para os perigos que pode acarretar uma transformação apressada da secular estrutura de nossa Instituição.

Fala-se muito, de certo tempo a esta parte, em estatização das serventias de justiça. Isto sem uma análise profunda do problema, com base na experiência do mundo latino.

No projeto de lei de reforma do Judiciário, já em tramitação, pretende-se inserir um mandamento nos termos seguintes:

“Ficam oficializadas as serventias do foro judicial e extrajudicial, mediante remuneração de seus titulares exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais serventuários vitalícios ou estáveis.” (1)

É possível que se intente considerar o notariado serventia de justiça ou *foro extrajudicial*, pois esse tem sido o vezo no Brasil.

Com honrosas e abalizadas exceções, juristas, tribunais e legisladores têm insistido nessa errônea, que culminou na flagrantemente inconstitucional interpretação do § 5.º do art. 144 da Constituição da República pela Lei n.º 5 621, no que concerne à inclusão dos Cartórios de Notas entre os serviços auxiliares do Juízo.

(22) *Op. cit.*, v. 2, p. 434.

(1) Emenda 53 ao Projeto.

No entanto, é fora de dúvida que essa classificação não tem qualquer amparo no vigente ordenamento jurídico pátrio.

Só para argumentar, lembramos que a palavra *foro*, como usada no pretendido preceito burocratizante, é sinônimo de *organismo judicial* ou de conjunto dos órgãos que compõem a Administração da Justiça. E o Notário, órgão que desempenha função extrajudicial, não é auxiliar do Juízo, como fartamente evidenciado. O Código do Processo Civil, em seu art. 139, é cristalino nesse tocante.

Ademais, a atividade notarial é a antítese da atividade judicial. Nesta a lide se faz o traço característico; naquela predomina o entendimento, o acordo de vontades, o relacionamento consensual, sob a proteção do Estado.

Daí a sábia assertiva de Eliseo Guardiola: “Cuanto más *Notario* menos *Juez*”, ou seja, quanto mais aprimorada a formação jurídica, profissional e ética daquele menor possibilidade de demanda. (2)

Em substância, não conhecemos no direito brasileiro nenhum dispositivo que autorize a prefalada conclusão *funcionalista*, consoante a qual a função notarial seria uma delegação de competência do Estado ao Notário, única hipótese em que este poderia ser acertadamente considerado funcionário público administrativo ou judicial.

E se, por acaso, o Estado, no uso inquestionável de sua soberania, resolver chamar a si essa importantíssima função social, até aqui exercida por oficial público autônomo, não seria a área judicial o campo adequado ao seu exercício, pois é ela fundamentalmente extrajudicial ou “tipicamente antiprocessual”, como o assevera Francesco Carnelutti. (3)

(2) Eliseo Guardiola — **Formación Jurídica y Profesional del Notario**, in **Anais do IV Congresso Internacional do Notariado Latino**, São Paulo, 1958, v. II, p. 125.

(3) Cf. Segovia — *op. cit.*, p. 72.