



(RE) PENSANDO A ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL, À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 842.846/SC.

Alexandre Bueno Cateb*
Oswaldo José Gonçalves de Mesquita Filho**

RESUMO:

A teoria da Análise Econômica do Direito é instrumento de comunicação entre juristas e economistas. Este ensaio interliga atividades cartorárias, base jurídica e efeitos econômicos correlacionados, fazendo-o a partir da análise do julgamento do RE 842.846/SC, que trata da responsabilidade civil do Estado e a atividade dos delegatários. Inicia-se com apresentação da atividade delegada, passando aos argumentos da Análise Econômica do Direito, caracterizando a pesquisa exploratória e a revisão de literatura. Concluiu-se que o Direito, além de justo, deve ser eficiente, trazendo-se a argumentação econômica como forma de fundamentação e justificação da aplicação dos comandos previstos em regras ou princípios.

Palavras-chave: Atividade Notarial e Registral. Análise Econômica do Direito. Responsabilidade Civil do Estado. Função Social do Notário e Registrador. Julgamento do RE n. 842.846/SC.

(RE)THINKING THE NOTARY AND REGISTER ACTIVITY, IN THE LIGHT OF LAW AND ECONOMICS AND EXTRAORDINARY RESOURCE 842.846/SC.

ABSTRACT:

The theory of Law and Economics is an instrument of communication between jurists and economists. This essay interconnects the notary activity, its legal basis and economic effects correlated, making it based on the analysis of the judgment of RE 842.846/SC, which discuss State's tort law and the notary activity. It starts with the presentation of the mentioned activity, going to the arguments of Law and Economics, characterizing exploratory research and literature review. It concluded that the Law, in addition to being fair, must be efficient, bringing economic argumentation as a way of justifying the application of commands based on rules or principles.

Keywords: Notary and Registry Activity. Law and Economics. State's Tort Law. Social function of notary and registry activity. Judgment of RE n. 842.846/SC.

*Doutor em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003), fez sua graduação em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos em 1995. Professor dos cursos de graduação e mestrado em Direito na Universidade FUMEC, nas disciplinas Direito Empresarial e Análise Econômica dos Contratos. Professor Titular de Direito Empresarial do curso de graduação em Direito do IBMEC/MG. Fundador e ex-presidente da Associação Mineira de Direito e Economia (AMDE). Editor da Revista da Associação Mineira de Direito e Economia (RAMDE). Autor de livros e artigos e advogado atuante em Direito Empresarial, Societário e Contratual, desenvolve pesquisas nas áreas do Direito Empresarial e Análise Econômica do Direito. Contato: alexandre@cateb.com.br

**Mestrando em Direito Privado pela FUMEC. Mestrando em Direito Urbanístico pela UFMG. Pós-Graduado em Direito Civil pela PUC-MG. Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral pelo CEDIN. Bacharel em Direito pela UFMG. Advogado. Contato: mesquita.osvaldo@gmail.com





1 INTRODUÇÃO

“Tão burrinho para matemática, vai ter que fazer Direito. Essa era a frase que se falava. Creio que esse tempo mudou e que os juristas têm de fazer contas também.” Esse trecho foi retirado do acórdão do Recurso Extraordinário (RE) 842.846/SC, tendo sido proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, quando, a despeito de ser voto vencido, ainda buscava trazer argumentos para clarificar a importância de se entender o Direito em conjunto com a Economia, neste caso específico avaliando os impactos econômicos de uma decisão judicial.

A análise do jurídico em conjunto com o econômico é algo novo, principalmente se comparado com as teorias milenares desses campos do conhecimento, e é conhecida como Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*). Seu principal objetivo é investigar o fenômeno jurídico a partir de consequências, resultados e reações das pessoas a uma dada norma, sob a perspectiva das ferramentas e do empirismo econômico (COLNAGO; SARMENTO, 2015, p. 12).

Essa teoria, cujo nascedouro foi nos Estados Unidos, com destaque para os ensaios de Ronald Coase e outros personagens da “Escola de Chicago”, pode ser vista como instrumento de acesso e comunicação do jurista com a complexidade econômica, sendo a recíproca verdadeira. É inegável que a análise econômica do direito começa a ganhar cada vez mais espaço e reconhecimento entre nós, podendo-se citar, no caso brasileiro, as mudanças no padrão estatal de regulação econômica, o surgimento/fortalecimento das agências reguladoras, os esforços de inserção/internacionalização dessas teorias, o crescimento de estudiosos nacionais, dentre outros (CAMPILONGO, 2014, p. 23-24).

Relacionar a atividade notarial e registral com o campo jurídico pode até soar redundante, dada a longínqua positividade desse sistema no ordenamento brasileiro. Contudo, este ensaio se propõe a ir além: procura-se interligar a atividade cartorária, sua base jurídica e os efeitos econômicos que advêm dessa construção. Tal correlação se dará a partir da análise do julgamento do RE 842.846/SC, que trata do tema da responsabilidade civil do Estado e a função dos notários e registradores.

Partindo de temas específicos e em busca de conclusões que se correlacionem, o artigo vai desde a apresentação propedêutica da atividade notarial e registral até a apresentação dos argumentos da Análise Econômica do Direito, passando pelos temas da



responsabilidade civil e da função social da atividade cartorária. Imperioso ressaltar que, até pela extensão deste trabalho, não se pretende esgotar qualquer das temáticas, valendo-se de seus respectivos pontos principais. Posto isso, tem-se que a investigação caracteriza uma pesquisa exploratória quanto ao seu objetivo e uma revisão de literatura no que tange ao objeto.

2 SISTEMA NOTARIAL E REGISTRAL BRASILEIRO

Antes de adentrar nas questões posteriores, é imprescindível entender o sistema normativo concernente à matéria como um todo. Este tópico buscará, de forma propedêutica, discorrer sobre a organização notarial e registral no ordenamento brasileiro, com o fim de esclarecer conceitos basilares a partir dos quais possa ser compreendido o desenrolar do discurso.

Na estrutura jurídica mundial, existem três classificações predominantes para se definir a organização notarial: o Notariado Administrativo, o Notariado Anglo-Saxão e o Notariado Latino (KUMPEL, 2017, p. 106-128)¹. O sistema brasileiro adotou a teoria do Notariado Latino, que hoje tem maior adesão em todo o mundo: mais de 120 países, abrangendo dois terços da população mundial e mais de 60% do Produto Interno Bruto (PIB) do planeta (UINL, 2019a).

Apesar da nomenclatura “Latino”, tal estrutura está presente em localidades dentro da Grã-Bretanha, no Japão, dentre outras, não se restringindo aos países de línguas latinas. Tendo em vista o grande número de peculiaridades das disciplinas jurídicas locais, e até mesmo questões culturais, dada a importância do caráter consuetudinário nas normas notariais/registrais, nenhuma classificação é precisa, existindo, contudo, uma estrutura basilar que é comum à organização.

O notário do tipo latino é um profissional do Direito, titular de função pública, nomeado pelo Estado para conferir autenticidade aos atos e negócios jurídicos contidos nos documentos que produz e orientar e assessorar os usuários, com imparcialidade e independência (UINL, 2019b). O notário/registrator deve conferir segurança jurídica às relações sociais, publicizando os negócios jurídicos, possuindo autonomia ampla na

¹ Classificação adotada no XVI Congresso Internacional do Notariado Latino, 1982, em Lima, Perú.



confeção dos negócios privados, tendo presunção relativa da veracidade dos seus atos. Impende ressaltar que a autonomia dos registradores é mais restrita que a dos notários, uma vez que os atos a serem praticados por aqueles são regidos pelo princípio da tipicidade registral, pelo que devem atuar somente nas situações determinadas pela Lei.

No ordenamento jurídico brasileiro, à semelhança da organização latina, as atividades notariais e registrais são atividades jurídicas próprias do Estado, exercidas em caráter privado, mediante delegação estatal, conforme dispõe o artigo 236 da Constituição Federal de 1988 (CF/88). O delegatário possui total autonomia organizacional, inexistindo relação de hierarquia com o Estado, e sim de fiscalização, exercida por meio do Poder Judiciário.

A natureza jurídica dos notários e registradores era controvertida na doutrina e na jurisprudência brasileiras, sendo pacificada nos últimos anos através de julgados nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) 4.140, em 2008, e 2.415, em 2011. Cabe ressaltar o seguinte trecho dos julgados:

Trata-se, na dicção da Carta da República, de uma delegação, não de uma relação contratual. Por isso é exercível somente por pessoa natural, nunca por pessoa jurídica. O serviço notarial e registral é estatal, mas possui natureza privada. O ingresso se dá por concurso público de provas [...] Seus titulares são fiscalizados pelo Poder Judiciário, e não pelo Poder Executivo. Portanto, não são servidores públicos e tampouco ocupam público (STF, 2009).

A função exercida é pública, regida, em grande parte, por normas de Direito Público, própria da organização estatal, mas prestada em caráter privado, por uma pessoa estranha à estrutura organizacional do Estado. Isso caracteriza, nas palavras de Dip (apud LOUREIRO, 2019, p. 56), o binômio-tensivo da atividade notarial e registral, visto que se posiciona entre o jurista estatal e o jurista privado, possuindo natureza jurídica peculiar (*tertium genus*).

O caráter privado, no ordenamento brasileiro, demonstra-se claramente no fato de que a personalidade do serviço é o notário ou registrador, assim entendidos enquanto pessoas naturais, visto que são eles os sujeitos de direitos e deveres, prestando o serviço público de forma direta, como particulares, não se submetendo ao teto remuneratório do serviço público² e à aposentadoria compulsória (Cf. STF, 2018), e sendo remunerados por meio dos emolumentos, que têm natureza jurídica de taxa (Cf. STF, 2011). A serventia extrajudicial,

² Como visto acima, não são servidores públicos em sentido estrito e, portanto, não se lhes aplica o teto remuneratório do art. 37, XI, da CF/88.





ou cartório, como são chamados os locais de funcionamento da atividade, não tem personalidade jurídica, sendo integrante do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) apenas para fins tributários.

Por outro lado, os atos dos notários e registradores continuam sendo considerados atos do Estado, exatamente pelo fato de eles exercerem função delegada, tipicamente pública, visando atender aos interesses da coletividade. O Estado delega a chamada fé pública, que representa para a sociedade a crença de que o ato praticado é dotado da qualidade de expressão da verdade (KINDEL, 2007, p. 89).

Apesar de ter havido a delegação estatal, perdura a finalidade da consecução do interesse público, devido à indisponibilidade de tal interesse – supraprincípio do Direito Administrativo. Esse contexto justifica que o Estado continue exercendo a irrenunciável função de controle, a qual se dá em dois níveis: passivo e ativo. No âmbito passivo, o controle se dá pela informação e fiscalização, que é realizada pelo Poder Judiciário. No âmbito ativo, dá-se pela regulamentação normativa, a qual deve ser obrigatoriamente seguida pelo delegatário (KINDEL, 2007, p. 66).

A função de controle estatal também se dá na organização estrutural do sistema notarial e registral, característica típica dos chamados notariados numerários, já que o Estado deve determinar o número de serventias existentes e suas principais características, devendo-se destacar as respectivas competências territoriais. O Supremo Tribunal Federal (STF), na ADI n. 4.140/GO, sedimentou que é responsabilidade do ente federativo definir a organização das serventias, criar ou extinguir cartórios e definir o número de serventias em determinado município.

Toda a discussão acerca da responsabilidade civil dos notários e registradores e da responsabilidade estatal sobre o serviço público delegado perpassa e reside na dualidade entre o caráter público e privado da atividade. De um lado o Estado, que delega a prestação do seu serviço, mas que tem o dever de fiscalizar e regulamentar a respectiva realização. Na perspectiva inversa, o particular, que cumpre todos os requisitos da lei³ para receber a delegação, e passa a exercer função pública, devendo agir estritamente segundo os ditames

³ Os requisitos estão presentes no art. 14, da Lei 8.935/1994: a) habilitação em concurso de provas e títulos; b) nacionalidade brasileira; c) capacidade civil; d) quitação com as obrigações eleitorais e militares; e) diploma de bacharel em Direito ou dez anos de exercício em serviço notarial e registral, até a primeira publicação do edital; f) verificação de conduta condigna para o exercício da profissão.



legais, contudo, com autonomia gerencial e financeira, sendo remunerado pelos usuários dos serviços, por meio do recolhimento de taxas; e, o principal, exerce sua atividade com independência.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E A ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL

Neste tópico, serão discutidos os pontos relativos à responsabilidade civil e a atividade exercida pelos notários e registradores. Do ponto de vista metodológico, optou-se pela divisão em dois sub-temas: a responsabilidade civil do agente delegatário e a responsabilidade civil do Estado perante a atividade cartorária. É cediço que os assuntos estão totalmente interligados, dissociando-se apenas para fins didáticos e, conseqüentemente, melhor apreensão da temática.

3.1 A responsabilidade do notário e do registrador

A responsabilidade civil e a atividade do agente delegatário é tema amplamente discutido pela doutrina e jurisprudência brasileiras. De forma sucinta, trata-se de divergência quanto ao dispositivo constitucional aplicável ao dever de indenizar dos cartorários, restando dúvida quanto à aplicação de uma interpretação extensiva do §6º, artigo 37, ou às normas contidas no §1º do artigo 236, ambos da CF/88.

Como pressuposto para subsumir-se o argumento lastreado no §6º, artigo 37 da CF/88, destaca-se, principalmente, o fato de a atividade cartorária ser um serviço público, a despeito de ser prestada por um particular, e, por isso, deveria ser aplicada a regra da responsabilização civil objetiva. Os defensores dessa tese assumem que o serviço cartorário é prestado na figura da pessoa jurídica, enquadrando-se, pois, na regra do artigo supra.

Contudo, na visão da doutrina majoritária e jurisprudência dominante, embora os notários e registradores sejam prestadores de serviço público, fazem-no enquanto pessoas naturais, cuja responsabilidade civil pelos danos causados aos particulares é pessoal. A responsabilidade objetiva prevista no §6º do artigo 37 da CF/88 somente se aplica às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos, e não ao particular que exerce função jurídica por delegação (SILVA; FACCENDA, 2019, p. 176).



Sendo assim, eventual ação indenizatória não seria proposta em face do serviço notarial e/ou registral, uma vez que este não tem personalidade jurídica, e sim direcionada à pessoa física titular da serventia. Isso porque a delegação é direcionada à pessoa natural investida nas funções de notário/registrator (MOREIRA, 2019, p. 185).

Outrossim, a Constituição Federal de 1988⁴ traz norma especificando que a responsabilidade civil dos notários e registradores será tratada em lei especial, afastando, portanto, a regra geral do artigo 37, §6º. Neste sentido, a norma infraconstitucional federal que disciplina a matéria é clara ao estabelecer a responsabilidade subjetiva do agente delegatário, ou seja, somente nos casos de dolo ou culpa⁵.

Neste ensaio coaduna-se com o entendimento de El Debs (2016, p. 1753) de que a redação do enunciado normativo finalmente clarifica a responsabilidade subjetiva dos notários e registradores perante terceiros. Sob sua ótica, tal alteração teve a finalidade de extinguir as diversas linhas argumentativas sobre a aplicação da teoria objetiva, restando, para os delegatários, apenas o mantra "onde há culpa, há reparação", ao lado dos pilares da responsabilidade civil de conduta ativa ou omissa, o nexo de causalidade e o dano sofrido pela vítima (*Ibid.*, p. 1755).

A nova lei - Lei n. 13.286/2015 - que assentou a responsabilidade subjetiva de notários e registradores também alinhou o regime de responsabilização brasileiro ao de diversos outros ordenamentos do Direito Comparado. Silva e Faccenda (2019, p. 170) explicitam que:

na França, as primeiras monografias sobre o tema são de mais de um século atrás, e sempre consideraram que, além do prejuízo, deve-se demonstrar dolo ou culpa na falta cometida pelo profissional de notas. Já na Espanha, cujo sistema notarial é semelhante ao brasileiro, o Tribunal Supremo pacificou entendimento de que é necessária a análise de culpa para responsabilizar o notário.

Pela norma infraconstitucional editada, a responsabilidade dos notários e registradores perante terceiros é, portanto, subjetiva, dependente da comprovação de culpa ou dolo. O pressuposto da responsabilidade civil apenas poderia ser alterado para a teoria

⁴ Art. 236, §1º, CF/88: "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".

⁵ Art. 22, *caput*, Lei 8.935/1994: "Os notários e registradores são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, **por culpa ou dolo**, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso" (grifo nosso).



objetiva, à luz da dicção atual do artigo 22 da Lei 8.935/1994, se tal fosse considerada inconstitucional por uma violação ao §6º do artigo 37 da CF/88 - como sustentado pelo Ministro Luiz Edson Fachin, em seu voto no RE 842846⁶ - ou se legislação posterior viesse a alterar tal redação.

Por outro lado, se a CF/88 tratou o regime de responsabilidade civil dos notários e registradores em dispositivo diverso do artigo 37, §6º, não há que se falar em inconstitucionalidade por descumprimento da regra geral. Se o constituinte diz que certa matéria será tratada em lei específica, evidente que tal enunciado poderá diferir-se da regra geral da Constituição.

3.2 A responsabilidade civil do Estado pelos atos notários e registradores

Conforme já mencionado, a regra geral constitucional é que a responsabilidade civil do Estado por atos de seus agentes é objetiva, em respeito aos princípios orientadores pós-modernos de primazia do interesse da vítima e solidariedade social. O Brasil adota a teoria do risco administrativo. Isso significa, em essência, que o Estado responde independente de culpa, porém fica livre de responsabilização se conseguir demonstrar que não existe nexo causal entre o dano e a ação ou omissão a ele imputada, isto é, o Estado não indeniza se provar culpa exclusiva da vítima; caso fortuito ou força maior⁷ (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 1011).

Entretanto, quando se trata de danos causados pelos titulares de cartório, restava divergência jurisprudencial e doutrinária acerca da responsabilidade do Estado. Tal celeuma se justifica pela natureza público-privada da atividade cartorária, conforme tratado anteriormente, o que gera dúvidas quanto ao regime legal a ser aplicado aos delegatários. Discutia-se se a responsabilidade do Estado era subjetiva ou objetiva, e, ainda, se era direta, solidária ou subsidiária.

⁶ Recurso Extraordinário com Repercussão Geral em que foi determinada a responsabilidade civil objetiva do Estado para reparar danos causados a terceiros por tabeliães e oficiais de registro no exercício de suas funções cartoriais. O colegiado assentou ainda que o Estado deve ajuizar ação de regresso contra o responsável pelo dano, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa. Contudo, o Min. Edson Fachin decidiu pela constitucionalidade incidental da expressão “dolo ou culpa” do art. 22, Lei n. 8.935/1994, para definir a responsabilidade do notário e registrador como objetiva, e a do Estado também como objetiva, mas subsidiária.

⁷ O STJ proclamou: “A responsabilidade civil do Estado é objetiva, mormente quando se tratar de risco criado por ato comissivo de seus agentes. A comprovação de dano e autoria basta para fazer incidir as regras dos arts. 37, §6º, da Constituição e 927, parágrafo único do CC”(STJ. REsp 1140387, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, 23 abr. 2010).



O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se direciona no sentido da responsabilidade subsidiária estatal, nos moldes do já pacífico modelo para concessões. Equipara-se a questão da responsabilidade civil da atividade notarial e registral às concessões, sendo definido que o serviço se dá por conta e risco do delegatário. A posição majoritária é, então, que o Estado responde subsidiariamente ao delegatário, não havendo que se falar em solidariedade.

No mesmo sentido, Benício e Lemos (2017, p. 531):

Considerando o regime de delegação e a percepção integral de emolumentos pelos titulares de serventias não oficializadas, **inexiste**, a princípio, **responsabilidade direta** do Estado por atos desses agentes delegados. A responsabilidade do ente estatal delegante deve ser tão somente subsidiária, no caso de insolvência do agente delegado, este sim diretamente responsável. [...] Com base no art. 28 da Lei 8.935/1994, notários e registradores têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia, apropriando-se dos lucros daí decorrentes, **os prejuízos que causarem não devem ser socializados e satisfeitos pela totalidade dos cidadãos do ente estatal delegante**. (grifos nossos)

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, diante da considerável controvérsia temática, definiu para fins de repercussão geral o Recurso Extraordinário (RE) 842.846/SC. Reiterando entendimento prévio (AgRg RE 209354; RE 209354; RE 175739), o STF aprovou a seguinte tese: "O Estado responde objetivamente pelos atos dos tabeliães registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa" (STF, 2019).

Consolidou-se que a responsabilidade é objetiva, direta, primária e solidária. A vítima pode optar por mover a ação por perdas e danos diretamente contra os Estados, sem necessidade de comprovação de culpa, ou então contra o notário/registrator, mas em tal hipótese cabe-lhe o ônus da prova da existência de ato culposo praticado por tais agentes ou seus prepostos (LOUREIRO, 2019, p. 120).

Na mesma linha, a Ministra Carmen Lúcia destacou que tirar do Estado "a responsabilidade de reparação deixaria o cidadão desprotegido, pois caberia a ele a incumbência de comprovar a culpa ou dolo do agente" (STF, 2019, p. 112). Seguindo esse raciocínio, o qual será refutado adiante, definir a responsabilidade do Estado como subsidiária implicaria em retrocesso, pois ignoraria as modernas tendências de alargamento das



responsabilidades estatais e da ampliação do âmbito de proteção da vítima, enfáticas em um retorno desta ao *status quo ante* (*Ibid.*, p. 112-114).

Conforme assentado no voto do Ministro Luiz Fux, deve ser respeitado o novo perfil da responsabilidade civil pela concepção solidarista da Constituição Federal: a vítima não pode deixar de ser indenizada. Por isso, diante da existência de dois sujeitos responsáveis, quais sejam o Estado, com potência patrimonial; e a pessoa natural do oficial, com eventual indisponibilidade de recursos, é possível que a segunda não consiga, após uma condenação, satisfazer a condição da vítima à situação anterior ao dano, razão pela qual deve haver responsabilidade direta do Estado (STF, 2019, p. 23-38).

No julgamento do caso de repercussão geral supramencionado, três foram os votos contrários à tese firmada, os quais, no entanto, apresentaram argumentos distintos.

O Ministro Marco Aurélio Mello deu provimento integral ao recurso, defendendo que a responsabilidade é exclusivamente do cartório por atos de seus agentes que venham a causar danos a terceiros, argumento com base no já citado artigo 37, §6º, da CF/88 (STF, 2019, p. 119-121).

Já o Ministro Luiz Edson Fachin considerou que a responsabilidade do Estado deve ser objetiva, mas subsidiária em relação à responsabilidade direta dos notários/registradores. Para o julgador, contudo, o ato notarial ou de registro que causasse dano ao particular deveria ser imputado objetivamente ao delegatário, não havendo que se falar em responsabilidade subjetiva deste. No caso concreto, manteve a condenação ao Estado-membro, mas, tendo em vista a natureza prospectiva da tese fixada, entendeu que podem figurar no polo passivo o Estado, respondendo subsidiariamente, e o titular da serventia, ambos com responsabilidade objetiva (STF, 2019, p. 69-76).

A terceira divergência veio com o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que não deu provimento ao Recurso Extraordinário em questão, em respeito às decisões dominantes anteriormente na Corte. Contudo, teceu importantes considerações sobre o tema, utilizando-se de argumentos pertencentes à Análise Econômica do Direito, os quais serão analisados em tópico adiante.

4 FUNÇÃO SOCIAL DO NOTÁRIO E DO REGISTRADOR





É inegável a relevância do sistema notarial e registral para todo o mundo, em especial para os países que adotam o Sistema Latino - atualmente cerca de 120 nações, conforme já mencionado. Nesse sentido, objetiva-se discorrer sobre a função social – a importância socioeconômica - da atividade prestada pelos notários e registradores, utilizando como marco teórico as ideias de Celso Fernandes Campilongo (2014).

Segundo o autor, o sistema notariado latino parte de três aspectos relevantes: a criação de ambiente propício à produção de “eficiência econômica”; a estabilização da “confiança” como mecanismo de redução de complexidade; e acesso à informação como garantia de legalidade, transparência e, principalmente, “imparcialidade”. Tais premissas seriam reunidas a fim de garantir um cenário de menos litigiosidade, em que as relações jurídicas não seriam pautadas por uma liberdade total das partes, mas sim de equilíbrio, equidistância e mediação da legalidade por terceiro imparcial (CAMPILONGO, 2014, p. 17).

Em frase de Carnelutti (1950, *apud* CAMPILONGO, 2014, p. 22), a despeito da antiguidade da obra, fica bem claro o papel atual que se vislumbra do notário: “quanto mais notário, menos juiz”. O caráter *ex ante* de intermediação imparcial, ou seja, que se dá na formalização do negócio entre as partes, antes de qualquer litígio, é característica que fomenta a desjudicialização – fenômeno em franco crescimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre o papel de prevenção de litígios da atividade notarial e registral, vale menção ao seguinte trecho de Campilongo (2014, p. 22):

A tutela inibitória ganha claros contornos de maior aderência à realidade brasileira. Além das garantias em termos de segurança jurídica, ou justamente em razão delas, a atuação notarial preventiva – “antiprocessual” – evita a sobrecarga ainda maior de um Judiciário atolado nos problemas de falta de celeridade e de eficiência. O modelo de atuação do notariado latino procura instaurar e proteger a situação de normalidade. Busca minorar ou eliminar o concurso de advogados e juízes. No lugar da doença e da patologia dos negócios, a legalidade e a previsibilidade dos pactos contratuais lavrados em escrituras públicas.

Quanto ao aspecto da confiança, é exatamente essa atuação imparcial do notário e do registrador que influi para um contexto de segurança entre os agentes envolvidos. Não diz respeito a um sentimento pessoal, não é a confiança no sentido personificado da palavra, ou seja, não se trata do sentimento pessoal do agente quanto ao outro. Sendo assim, por mais que intimamente se confie na outra parte do negócio, as formalidades inerentes à atividade



notarial e registral não são dispensadas⁸. Isso demonstra a segurança e a confiabilidade pela qual tais instituições são conhecidas⁹.

A confiança é, portanto, mecanismo informacional, que reduz a complexidade das relações jurídicas (LUHMAN, 1999, apud CAMPILONGO, 2014, p. 101). A atuação imparcial do notário, colocando as partes em relação de equidistância, provê confiança e segurança negocial, e isso se dá não porque confiam umas nas outras, mas sim porque confiam na fundamentação do contrato e na aplicação da lei, proporcionados pela atividade notarial e registral. As partes confiam porque desconfiam (CAMPILONGO, 2014, p. 22).

Por fim, a eficiência econômica se dá pela concatenação da atuação imparcial do notário/registrator e da confiança que lhe é resultado. A interligação desses fatores cria ambiente propício ao desenvolvimento econômico, pois em um cenário de redução da litigiosidade e estabilização das relações sociais, aumenta-se a segurança nos negócios intersubjetivos, o que fomenta o crescimento social e econômico (CAMPILONGO, 2014, p. 159-160). Segue-se a análise desse ponto no tópico seguinte, com a utilização dos referenciais temáticos pertinentes.

5 A ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL SOB UM NOVO ÂNGULO

Com base em todo o exposto, constata-se o efeito sistêmico e integrador intrínseco à atividade notarial e registral. Trata-se, ao mesmo tempo, de um esforço do Direito na definição, prova, publicidade e garantias de expectativas no campo jurídico, e, de outro lado, de prestação valiosa para a economia. Dizer-se, pura e simplesmente, que a imparcialidade e a confiança resultam em eficiência econômica é pouco, sendo necessária a concatenação de argumentos econômicos com os pontos já trazidos, objetivo este que será o foco desta seção.

O primeiro argumento econômico que reforça a importância da atividade notarial/registral é o seu papel de redutora dos chamados custos de transação. Tais valores são todas as dificuldades que se impõem para que a negociação e a barganha ocorram sem atritos, sendo, portanto, os custos para que haja transações eficazes. O papel dos cartorários é reduzir

⁸ Vale ressaltar que a grande maioria destas formalidades é prevista em lei, não sendo, portanto, dispensáveis. Contudo, optar pelo não cumprimento da lei é sempre uma opção e não deve ser descartada, que nesse caso representaria realizar o negócio jurídico sem formalização, podendo-se citar os conhecidos “contratos de gaveta”.

⁹ O Instituto DataFolha, no ano de 2016, elaborou pesquisa que colocou os cartórios como a instituição que o brasileiro mais confia, tendo também obtido a melhor avaliação dentre os demais serviços públicos. Disponível em: < <https://www.anoreg.org.br/site/salas-tematicas/pesquisa-datafolha/>>. Acesso em 19 jan. 2020.



esses custos, dado que a institucionalização da confiança reduz tais valores, mitigando assimetrias de informação e internalizando externalidades positivas na produção de escrituras e contratos adequados (CAMPILONGO, 2014, p. 93).

Para entendermos o conceito da assimetria de informações, imaginamos a situação que envolve o mercado de carros usados. Os compradores têm um nível de informação muito menor que os vendedores, que têm total conhecimento das reais condições do seu carro. O mercado inicia, então, o decréscimo na precificação dos carros em virtude da dificuldade de se ter a real noção acerca da situação dos carros usados. Com isso, os detentores dos carros em boa situação retiram-se do mercado, tendo em vista que o preço deixa de ser atrativo. Essa situação continuaria até o colapso, quando não existiriam mais interessados em continuar no mercado.

O fenômeno descrito acima é conhecido como seleção adversa (*adverse selection*), que é basicamente uma falha de mercado que se dá em virtude da assimetria de informações. Um exemplo mais próximo da atividade notarial/registrar é a assimetria de informações existente entre empresas especializadas no comércio de imóveis e pessoas comuns, as quais muitas vezes compram/vendem uma única casa ao longo da vida. Neste cenário, há o que a doutrina econômica denomina de moral *hazard*, que é o incentivo que a parte melhor informada tem para se aproveitar da outra desprovida de informações.

Em um cenário desprovido de regulação jurídica e demais institutos aptos a coibir essas práticas, a assimetria de informação e a moral *hazard* impediriam uma série de negócios, limitando os benefícios e a especialização dos mercados. É neste ponto que se afigura a função social da atividade notarial, especialmente na sua variável da confiança, que é o instrumento capaz de colocar as partes em relação de equidistância, em situação de simetria de informações. O dever de informar do notário/registrar, dentre os demais estampados na legislação, tem o condão de reduzir custos de transação, na medida que iguala as partes com relação à noção das consequências jurídicas e potencialidades econômicas do ato (CAMPILONGO, 2014, p. 88).

Em tópico anterior, mencionou-se o papel de fiscalização que é exercido pelo Judiciário em relação à atividade notarial e registrar, a qual, a despeito de ser fiscalizada, garante independência no exercício de suas funções, desde que o agente se pautar pelo princípio da legalidade. Do ponto de vista econômico, tal fiscalização também se faz muito



importante, dado que evita o que poderia ser conceituado como a seleção adversa (*adverse selection*) da atividade notarial e registral. Se o mercado de serviços notariais não fosse regulado e fiscalizado pelo Judiciário, seria difícil para os usuários saber se estariam comprando bons ou maus serviços. Desse modo, se assim o fosse, perderíamos a confiança até mesmo no notariado.

Entretanto, nos moldes da legislação atual, é impossível que tal situação ocorra. Primeiramente, os emolumentos são fixos, não havendo que se falar em precificação dos bons ou maus prestadores de serviço, mas apenas nos valores tabelados em lei própria de cada Estado da Federação. Em seguida, a fiscalização vem acompanhada da regulação, ou seja, busca-se disciplinar como todos os atos são praticados dentro das serventias extrajudiciais. É claro que sempre vão existir particularidades na prestação dos serviços – são pessoas, afinal – mas busca-se mitigar ao máximo as disparidades na prática cartorária. Valioso ressaltar, ainda, a realização de concursos públicos para a atividade, o que, ao menos no que toca a conhecimentos teóricos, garante a seleção dos mais qualificados ao cargo.

Os argumentos econômicos em torno da importância dos notários e registradores perpassam, pois, a noção de confiança. É mecanismo reflexivo: exige “confiança na confiança” (*Ibid.*, p. 99), dado que, nos tempos atuais, confia-se nas fórmulas que ativam e produzem confiança. O notariado é, portanto, a instituição que, no direito moderno, assume cada vez mais o papel de instância reflexiva da confiança transferida das pessoas para os sistemas. Representa a confiança reflexiva, isto é, a confiança no que faz confiar.

Corroborando para o disposto acima, vale a menção ao seguinte trecho de Campilongo (2014, p. 90-91):

A escritura reforça a produção de prova no Judiciário. Os notários possuem obrigação legal de agir com lisura. O Poder Judiciário tem obrigação de monitorar o cumprimento dessas obrigações. A publicidade gerada atrela a reputação das partes ao negócio. A imparcialidade e o auxílio a ambas as partes clarificam os riscos, opções e interesses colocados a cada parte, auxiliando a formação de expectativas quanto ao cumprimento do contrato.

Adentra-se, agora, nos argumentos do Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 842.846. O Ministro Barroso, a despeito de ter sido voto vencido, defendeu a posição mais adequada com a visão sistêmica que sempre deve pautar as análises referentes ao Direito Notarial e Registral. Em seu voto, decidiu-se pela



responsabilização objetiva e subsidiária do Estado em relação ao notário/registrator, o qual teria responsabilidade subjetiva.

Acerca da responsabilidade objetiva do Estado, é cediço que o serviço cartorário é público e, pautando-se na regra constitucional do art. 37, §6º, não há qualquer discussão neste ponto. O cerne da questão se encontra na argumentação do Ministro Barroso para decidir que tal responsabilidade deveria ser subsidiária, e não direta/solidária como decidiu a maioria. Extraíram-se trechos do voto do Ministro, os quais vão ao encontro das ideias da Análise Econômica do Direito:

Colocar essa responsabilidade primária e objetiva, em caso de falha praticada pelo oficial cartorário, é condenar o Estado ao pior dos mundos. Ele não recebe as receitas do cartório, porque o cartório é privado, mas ele paga as indenizações pelos erros causados pelo cartório. Não há lógica que possa parar de pé. **Quer dizer, o mundo do Direito precisa começar a fazer conta, e, se a conta não fechar, precisamos refazer a fórmula. E acredito que esse é um caso em que nós precisamos refazer a fórmula.**

(...)

Portanto, essa ideia que se criou no Brasil, antiga, de que o Estado pode tudo, tem dinheiro para tudo, que o “**público**” **não é de ninguém, é um equívoco**. Quer dizer, tudo que o Estado paga de indenização é dinheiro que não vai para a educação, saúde e transporte. Então, nós precisamos desfazer essa ideia de que o dinheiro público não é de ninguém e que ele é infinito. Por isso, sempre que estamos atribuindo uma responsabilidade ao Estado, **temos de partir do pressuposto de que alguém não vai receber remédio, o leito de hospital**. É claro, se o Estado tiver a responsabilidade, terá de assumi-la, mas essa interpretação ampliada da responsabilidade do Estado é falsamente generosa e verdadeiramente perversa. Portanto, creio que temos de recolocá-la na dimensão adequada. (grifos nossos) (STF, 2019, p. 83-84)

Já no que tange ao ressarcimento dos lesados, que foi argumento central dos votos vencedores, decidindo-se com fundamento na solidarização dos riscos e maximização da reparação civil, o Ministro Barroso também apresenta posição divergente. Em seu voto, argumenta-se a favor da utilização da distribuição dinâmica do ônus da prova, instrumento previsto no Código de Processo Civil de 2015 (STF, 2019, p. 80-81).

Segundo a posição majoritária, aqueles que tivessem sido lesados pelos notários e registadores, caso se decidisse pela subsidiariedade da responsabilidade estatal, estariam em posição de hipossuficiência, já que deveriam acionar diretamente o notário/registrator e neste caso provar eventual dolo ou culpa, o que não conseguiriam dada a falta de informações. Este



caso denota uma clara situação de assimetria de informações, já que há substancial disparidade de provas entre o lesado e o notário/registrator.

Realmente é difícil para o usuário da serventia extrajudicial provar o dolo ou a culpa do delegatário, haja vista toda a conjuntura estrutural que envolve a atividade. Neste caso, nos moldes defendidos pelo Ministro Barroso, a distribuição dinâmica do ônus da prova seria o mecanismo redutor da assimetria informacional, devendo o notário/registrator provar que não agiu com dolo ou culpa, retirando tal incumbência do lesado, já que restaria configurada a chamada prova diabólica – excessivamente difícil de ser produzida – para o autor.

Os argumentos relacionados aos aspectos econômicos da responsabilização do Estado são, portanto, pertinentes e devem ser analisados pelo Judiciário. Nos últimos anos, houve o gradual desenvolvimento de um papel mais “político” do Poder Judiciário, atento às consequências de suas decisões também em um patamar social, que transcende a singularidade do caso concreto, acabando por consagrar mundialmente a eficiência econômica como um dos objetivos a serem perseguidos pela responsabilidade civil, como mecanismo de repartição dos prejuízos normais à vida em sociedade (SCHREIBER, 2007, p. 126).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, conclui-se que o Direito não deve ser apenas justo, mas é fundamental que também seja eficiente, trazendo-se a argumentação econômica como forma de fundamentação e justificação da aplicação dos comandos previstos em regras ou princípios. Se feita desta forma, a análise jurídica, embora impregnada de alto coeficiente econômico, nunca deixará de ser jurídica, dado que feita a serviço de normas e fins constitucionais (COLNAGO; SARMENTO, 2015, p. 18).

A atividade notarial e registral se mostra como um ponto de confluência entre o mundo jurídico e o econômico, convergência esta que é, por muitas vezes, difícil de ser realizada. Por vezes, preconceitos teóricos e limites estruturais da Economia não permitem a observação da relevância e eficiência das instituições jurídicas (CAMPILONGO, 2014, p. 108). Tem-se, então, a tentação de retirá-los do sistema como se fossem incompatíveis com a agilidade e a dinâmica vigentes, quando, na realidade, são verdadeiros propulsores do desenvolvimento econômico, social, tecnológico etc.



REFERÊNCIAS

BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa; LEMOS, Raphael Abs Musa de. A Responsabilidade Civil de Notários e Registradores. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: Novas Tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) 842.846/SC*. Repercussão Geral. Relator: Min. Luiz Fux, 27 fev. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=279949380&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2020

_____. _____. *ADI 2.415*. Rel. Min. Ayres Britto, DJE 20 set. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=2079>. Acesso em: 9 abr. 2020

_____. _____. *Recurso Extraordinário (RE) 647.827/PR*. Repercussão Geral. Relator: Min. Gilmar Mendes. 01 fev. 2018. Disponível em: [file:///D:/Downloads/texto_313601770%20\(1\).pdf](file:///D:/Downloads/texto_313601770%20(1).pdf). Acesso em: 9 abr. 2020.

_____. _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.378/ES*. 9 fev. 2011. Disponível em: [file:///D:/Downloads/texto_313601770%20\(2\).pdf](file:///D:/Downloads/texto_313601770%20(2).pdf). Acesso em: 9 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Jurisprudência*. Disponível em: www.stj.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 18 jan. 2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos; SARMENTO, Vitor Seidel. Análise Econômica do Direito e Decisão Judicial: intercruzamento entre o sub-juízo de necessidade e argumento econômico. *Derecho y Cambio Social*. Lima, a. 12, n. 39, 2015

EL DEBS, Martha. *Legislação notarial e de Registros públicos comentada: doutrina, jurisprudência e questões de concurso*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

KINDEL, Augusto Lemen. *Responsabilidade civil dos notários e registradores*. Porto Alegre: Norton Editor. 2007.

KUMPEL, Vitor. *Tratado Notarial e Registral*. São Paulo: YK, 2017.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos – Teoria e Prática*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.



MOREIRA, Anthony Nunes. Responsabilidade civil dos notários e registradores: alteração legislativa, diluição do dano e o RE 842.846 RG/SC, In: EL DEBS, Marta et al (Coords.). *Tabelionato de Notas – Temas aprofundados*. Salvador: Juspodvm, 2019, p. 179-204 – cap. 7.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Carina Goulart da; FACCENDA, Guilherme Augusto. Breve Histórico da Responsabilidade na atividade notarial e registral. In: EL DEBS, Marta *et al* (Coords.). *Tabelionato de Notas – Temas aprofundados*. Salvador: Juspodvim, 2019, p. 161-178 - cap. 6.

UINLa. *Mission*. Disponível em: <www.uinl.org/mission>. Acesso em: 18 jun. 2019.

_____. *b. Fundamental Principles*. Disponível em: <www.uinl.org/principio-fundamentales>. Acesso em: 18 jun. 2019.