



**Instituto Brasiliense de Direito Público**

**Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional**

**Constitucionalização das Atividades Notarial e de Registro e a Relação entre o Princípio da Eficiência e a Responsabilidade Civil**

**Clarindo Ferreira Araújo Filho**

**Brasília - DF**

**2011**



**Instituto Brasiliense de Direito Público**

**Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional**

**Constitucionalização das Atividades Notarial e de Registro e a Relação entre o Princípio da Eficiência e a Responsabilidade Civil**

**Clarindo Ferreira Araújo Filho**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.

Orientador: Professor Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

**Brasília**

**2011**



**Instituto Brasiliense de Direito Público**

**Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**Constitucionalização das Atividades Notarial e de Registro e a Relação entre o Princípio da Eficiência e a Responsabilidade Civil**

**Clarindo Ferreira Araújo Filho**

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, com menção \_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

**Banca Examinadora:**

\_\_\_\_\_

Presidente: Professor Orientador Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco - IDP

\_\_\_\_\_  
Profa. Dra. Júlia Maurmann Ximenes - IDP

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Arnaldo S. de M. Godoy - UCB

*Dedico esse trabalho à minha família, que ao longo de todos esses anos contribuiu para que eu percebesse a importância da busca pelo conhecimento.*

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, ao meu orientador o Professor Doutor Paulo Gonet, pela paciência, dedicação e profissionalismo, que tanto me inspiraram durante todo esse curso. E à Professora Dra. Júlia Ximenes, pelas sugestões e críticas construtivas que sempre me motivaram a melhorar essa pesquisa.

Aos demais professores e funcionários administrativos do IDP, pelo profissionalismo e pelo apoio demonstrados durante todos esses anos de estudo. E também, aos meus colegas de turma, pelo companheirismo e por incentivarem e enriquecerem os nossos debates em sala de aula.

Por fim, aos meus amigos e colegas de trabalho, pela paciência e pelas críticas e sugestões que contribuíram para que eu alcançasse mais esse meu objetivo de vida.

## RESUMO

Este trabalho trata de aspectos do processo de constitucionalização das atividades notarial e de registro, e sua relação com o princípio da eficiência, como também, com a interdependência desses dois fenômenos e o instituto da responsabilidade civil. As atividades notarial e de registro no Brasil eram regulamentadas pelas leis ou códigos de organização judiciária dos Estados, até a sua inclusão definitiva no texto Constitucional de 1988. Esse estudo é um esboço teórico e bibliográfico, que procura estabelecer a interdisciplinaridade entre o Direito e outras ciências sociais como a História, a Sociologia, a Filosofia, a Ciência Política e a Administração. Conclui-se que o princípio da eficiência, paulatinamente, promoveu mudanças no perfil do Estado brasileiro, e da administração pública, mesmo antes de sua positivação no texto constitucional. E, também, que esse fenômeno passou a ter mais relevância, principalmente, a partir da Emenda Constitucional 19/98 e de outras normas, que influenciaram a relação Estado *versus* atividades notarial e de registro, como também da responsabilidade civil decorrente do exercício dessas atividades.

Palavras-Chave:

Princípio da Eficiência – Responsabilidade Civil – Atividades Notarial e de Registro

## **ABSTRACT**

This work deals with aspects of the process of constitutionalization of notarial activities and registry, and their relationship with the principle of efficiency, but also, with the interdependence of these two phenomena and the institute of civil liability. The notary and registration activities in Brazil are regulated by laws or codes of judicial organization in the States, until his final inclusion in the Constitutional text de1988. This study is a theoretical outline and bibliography, which seeks to establish an interdisciplinary approach between law and other social sciences such as History, Sociology, Philosophy, Political Science and Administration. It is concluded that the principle of efficiency, gradually promoted changes in the profile of the Brazilian state and public administration, even before his standardization in the constitutional text. Also, this phenomenon began to have more relevance, especially from the Constitutional Amendment 19/98 and other standards that influenced the relationship of the state and the notary and registration activities, and also the civil liability arising from the exercise of these activities.

Keywords: principle of efficiency – Liability – Notarial and registration Activities

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 1 - O Estado e a Sociedade.....</b>	<b>16</b>
1.1 O Estado Liberal e de Direito.....	17
1.2 Estado Democrático.....	22
1.3 O Estado e a Sociedade (cidadão).....	27
1.4 Relação Estado <i>versus</i> Sociedade no Brasil.....	31
1.5 O Estado Brasileiro.....	34
1.6 Espírito de Aventura, Patrimonialismo e Clientelismo - Um Breve Histórico de nossa Herança Ibérica.....	37
<b>CAPÍTULO 2 – Princípio da Eficiência.....</b>	<b>41</b>
2.1 Conceito e Breve Histórico.....	43
2.2 O Princípio da Eficiência e o Direcionamento da Atividade e dos Serviços Públicos à Efetividade do Bem Comum.....	48
2.3 O Princípio da Eficiência e a Tríade Imparcialidade, Neutralidade e Transparência.....	50
2.4 O Princípio da Eficiência e a Participação e Aproximação dos Serviços Públicos da População.....	55
2.5 O Princípio da Eficiência e a Busca pela Eficácia, pela Desburocratização e pela Qualidade.....	56
<b>CAPÍTULO 3 – As Atividades Notarial e de Registro.....</b>	<b>63</b>
3.1 Breve histórico, conceito, características, fins, efeitos, natureza jurídica e forma de prestação dos serviços.....	63
3.2 Privatização das atividades.....	69
3.3 Caráter público das atividades <i>versus</i> delegação em caráter privado.....	74
3.4 Processo de constitucionalização das atividades.....	78
<b>CAPÍTULO 4 – Responsabilidade Civil, Princípio da Eficiência e Processo de Privatização – Multiplicidade de Interações e suas Consequências nas Atividades Notarial e de Registro.....</b>	<b>81</b>

<b>4.1 Responsabilidade Civil - Conceito e Breve Histórico.....</b>	<b>82</b>
<b>4.2 Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva.....</b>	<b>84</b>
<b>4.3 A Responsabilidade Civil do Estado.....</b>	<b>85</b>
<b>4.4 Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores.....</b>	<b>88</b>
<b>4.5 As Consequências da Constitucionalização das Atividades Notarial e de Registro e a Relação com o Princípio da Eficiência e a Responsabilidade Civil.....</b>	<b>96</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>106</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>110</b>

## **INTRODUÇÃO**

O artigo 236 da Constituição Federal trata dos serviços notarial e de registro, cujo exercício se dá em caráter privado, por delegação do Poder Público. A atividade notarial e de registro tem como característica a “jurisdição preventiva”. O tabelião de notas tem papel preponderante na medida em que exerce sua função social prevenindo litígios, pois orienta as partes que assim o procuram, investigando os elementos por eles trazidos, de forma a concretizar sua vontade através do mais adequado instrumento jurídico para cada situação, conforme estabelece o artigo 7º da Lei nº 8.935/94.

O registrador, da mesma forma, pelo importante trabalho que desempenha, por imprimir autenticidade, segurança e eficácia aos negócios jurídicos, tem como característica, também, evitar contendas e demandas judiciais, conforme estatui o artigo 1º da Lei 6.015/73.

Dessa forma, o notário e o registrador assessoram juridicamente a sociedade, detêm uma redação especializada, atuando com verificação dos aspectos legais dos atos e negócios jurídicos por eles instrumentalizados. A atividade notarial e de registro ganhou projeção constitucional a partir da Emenda Constitucional de 1969, incrementando no artigo 206 da Carta de 1967, as diretrizes que, mais tarde, viriam a compor a previsão constitucional atual do artigo 236.

Dentro dessa concepção, as atividades notarial e de registro, que há séculos, embora sob outras nomenclaturas, convivem com a sociedade, tem como pano de fundo, no presente trabalho, o surgimento do Estado de Direito (Estado numa concepção da que temos hoje), permeando seu contexto histórico com o surgimento do capitalismo, abrindo, necessária e inicialmente, espaço para o princípio da legalidade, já que, a partir desse marco, a lei passa a ser o limite da ação administrativa.

Com o Estado liberal e de direito principia-se o surgimento do capitalismo e da administração pública, que surgem como reação ao Estado absolutista até meados do século XVIII; uma presença ainda incipiente do Estado no contexto social. A partir do século XX passa-se a um Estado democrático de direito como forma de compatibilizar o capitalismo de um lado, como meio de produção e, do outro lado, a consecução das necessidades sociais gerais.

A preocupação com os interesses públicos aumenta tanto quanto com os privados, razão porque o Estado passa a atuar como uma entidade gestora, às vezes, interventora, tomando iniciativa e avança a um Estado democrático, mais consolidado, apto à prestação de serviços coletivos. É o Estado, que num estágio mais avançado, justificando os recursos que extrai da sociedade com resultados socialmente relevantes, mesmo diante das tensões entre a cultura conservadora de diversos grupos, procurando manter o *status quo* e a de outros, progressistas, fundamentados no princípio da eficiência, busca uma Administração Pública eficiente, imparcial, neutra, transparente e de qualidade.

Assim, passa a ser exigência do Estado a obtenção de utilidades para o cidadão e na regulação da conduta pública e privada, validando e legitimando a ação estatal.

Nessa contextualização surge o princípio da eficiência, inserido no artigo 37 da Constituição pela EC nº 19 de 1998, que há muito já configurava como ideal de mudança na estrutura estatal, passando o cidadão de mero expectador da atividade pública para coadjuvante do processo no atendimento com qualidade e eficiência às demandas dos “cidadãos-clientes”<sup>1</sup>.

Nesse processo histórico do surgimento do Estado (na concepção moderna), a prestação dos serviços notarial e de registro (artigo 236 da Constituição de 1988) e a eficiência (elevado a princípio constitucional em 1998) permeiam a relação entre Estado *versus* cidadão-cliente, e também a responsabilidade civil daí decorrente, se constituem nos institutos a serem tratados no presente trabalho.

Vale ressaltar que a responsabilidade civil no seu percurso histórico, vem interferindo eficazmente nas relações interpessoais e com o próprio Estado, como forma de resguardar, também, os bens patrimoniais e morais dos cidadãos. E que a partir do século passado experimentaram-se grandes modificações neste instituto, pelas expansões verificadas para os diversos ramos e segmentos da sociedade.

No início, a responsabilidade, manifestava-se como vingança generalizada (*vindicta*), onde a restauração do *status quo ante* se dava com aplicação ao ofensor do dano de igual magnitude ao sofrido pelo ofendido. Num período posterior, com a promulgação da *lex aquilia*, foi instituída a necessidade de apuração da conduta

---

<sup>1</sup> Expressão utilizada por Luiz Carlos Bresser Pereira em sua obra “A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle” (PEREIRA, 1997).

faltosa como fundamento para a responsabilidade, portanto, fazia-se pressupor a demonstração da culpa com a finalidade de estabelecer o direito à indenização.

É creditado ao direito romano o reconhecimento da existência da responsabilidade objetiva. Esse processo teve no processo histórico das relações humanas o conseqüência para a reparação em forma de pecúnia. O instituto da responsabilidade civil ganhou corpo com o Código de Napoleão, em que a legislação pátria buscou inspiração até os nossos dias.

Este trabalho tem como objetivo geral o estudo do processo de constitucionalização dos serviços notarial e de registro, e a relação desse com o princípio da eficiência e a responsabilidade civil. Para tanto, foram determinados quatro objetivos específicos, a saber: i) Identificar e estabelecer o que são os serviços notarial e de registro; ii) estudar o processo de constitucionalização desses serviços; iii) estudar o princípio da eficiência e sua inter-relação com as atividades notarial e de registro; iv) estudar a responsabilidade civil decorrente do exercício dessas atividades.

Nesse sentido, o desenvolvimento do trabalho foi realizado com amparo na linha de pesquisa, Constituição: Articulações e Relações Constitucionais, adotada pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, delineando aspectos relacionados ao processo de constitucionalização dos serviços notarial e de registro, o princípio da eficiência como paradigma para uma nova visão de Estado e aos cidadãos e, a relação desse processo com a responsabilidade civil.

Propõe-se dar um panorama geral de estruturação do Estado tendo como ponto de partida o século XVIII, até a estrutura organizacional, sócio-política e legal vigente. Nesse panorama são descritos sucintamente alguns aspectos relacionados com o regime absolutista, passando, a partir de então a descrever algumas nuances do processo histórico do Estado, em especial do Estado brasileiro, até os dias atuais.

Aborda-se também o processo transformador promovido, paulatinamente, pelo surgimento da administração pública em oposição ao Estado absolutista, embora o caráter burocrático como forma de administração tivesse como foco, inicialmente, a defesa do patrimônio público.

Esse processo histórico de crescimento do Estado passou, paulatinamente, a interferir de tal forma no papel social e econômico, a ponto, dessa estrutura, não mais conseguir atender as necessidades para as quais havia sido idealizada. Isso

propiciou a inserção de novas ideologias e concepções acerca dos papéis e funções do Estado, e que tiveram como objetivo a promoção de mudanças estruturais, pois a manutenção da máquina estatal mostrava-se cada vez mais cara, lenta e ineficiente.

Nessa nova estratégia, a administração pública procura pautar-se na eficiência, atuando em condições de melhor prestação dos serviços ao cidadão-cliente. A qualidade, produtividade, respeito aos limites da lei, alcance de objetivos e metas, resultados positivos de atuação pública, atendimento satisfatório, tempestivo e eficaz das necessidades da coletividade, dentre outros, passam a ser objetivos do aparelho estatal.

Concomitantemente a esse processo de desenvolvimento do Estado e dos princípios libertários dos séculos XVIII, o instituto da responsabilidade civil foi se transformando, como forma de se alcançar a tutela jurisdicional de forma eficiente, e estabelecer-se mecanismos eficientes e eficazes de pacificação social.

Importante estudar a atividade notarial e de registro no Brasil, que antes de alçada à regime constitucional, perdurou por muito tempo sob a competência das leis ou códigos de organização judiciária dos Estados, até meados da Emenda Constitucional de 1969 à Carta de 1967. Ante tais evidências, a atividade notarial e de registro, embora fosse uma atividade pública tinha uma formatação *sui generis*, pois embora não fosse uma atividade eminentemente pública na forma de sua prestação, privada na essência, também não o era.

Assim, buscou-se examinar aspectos relacionados às atividades notarial e de registro, tais como: conceituação, a forma como se exerce a atividade, as atribuições do cargo, a natureza jurídica, o caráter pelo qual o serviço é prestado, os efeitos e as características dos serviços, questões fundamentais para a caracterização da responsabilidade civil decorrente do exercício da atividade permeada pelo contexto histórico, a constitucionalização, bem como pelo princípio da eficiência.

A pesquisa desenvolvida foi eminentemente bibliográfica, com atenção ao aspecto interpretativo constitucional, às normas infraconstitucionais, à doutrina e à jurisprudência.

Para definição e delimitação do problema de pesquisa considerou-se que o artigo 236 e parágrafos da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 8.935/94, delegou a particulares as atividades notarial e de registro, com autonomia administrativa e financeira para o seu exercício e a responsabilidade civil pelos danos que causar a terceiros.

Considerando-se este ambiente de inovações legislativas, divergências doutrinária e jurisprudencial, é que se buscou delinear aspectos que ampliam a compreensão mais sistematizada do tema proposto, posto que os serviços notarial e de registro adquiriram projeção de relevo quando da promulgação da Constituição de 1988.

Diante disso, observa-se que alguns pontos críticos se sobressaem e trazem à tona a pergunta-problema a ser respondida: - Em que medida o processo de constitucionalização dos serviços notarial e de registro e suas decorrências foi influenciado pelo princípio da eficiência mesmo antes de sua previsão constitucional e a relação com a responsabilidade civil?

A hipótese oferecida para este estudo é: O princípio da eficiência permeou gradativamente mudanças no perfil do Estado brasileiro, que por sua vez acarretou alterações na relação Estado/atividades notarial e de registro e, também, na responsabilidade civil em decorrência do exercício dessas atividades. Para tanto são levadas em conta variáveis como as forças inerentes à cultura (patrimonialismo, clientelismo etc.), a disputa política entre grupos conservadores e progressistas, na busca pela eficiência estatal, e, também, a interpretação do nosso sistema jurídico.

No tocante à metodologia de pesquisa considerou-se que diante dos objetivos geral e específicos traçados, a presente investigação constitui-se em um esboço eminentemente teórico e bibliográfico, que pretende estabelecer a interdisciplinaridade entre o Direito, a Sociologia, a História, a Filosofia, a Ciência Política e a Administração, com fundamentação necessária à interpretação e reflexão do problema proposto, a confirmação ou não da hipótese apresentada, levando-se em consideração as diversas variáveis relacionadas.

O trabalho foi organizado em quatro capítulos, o primeiro aborda os conceitos e questões relativas ao Estado, à sociedade, com foco na formação do Estado brasileiro e nas suas relações com a sociedade civil. O segundo capítulo explora a temática do princípio da eficiência, da Reforma do Estado brasileiro e do impulso proporcionado pela Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 04 de junho de 1998, também, como parte do processo de modernização da Administração Pública nacional.

No terceiro capítulo são elencados os vários aspectos das atividades notarial e de registro. Onde se demonstra as principais transformações históricas por que passaram as atividades notarial e de registro, tanto ao longo da história da

humanidade, como especificamente no Brasil. O quarto capítulo aborda a questão do instituto da responsabilidade civil, da responsabilidade civil do Estado e a inerente às atividades notarial e de registro, e discorre sobre a importância das interações tanto do princípio da eficiência, como também, do instituto da responsabilidade civil no processo histórico-social e constitucionalização dessas atividades.

## Capítulo 1 – O Estado e a Sociedade

Este capítulo trata das premissas históricas e ideológicas da formação do Estado liberal e de direito e, também, do Estado democrático, com foco na formação do Estado brasileiro e nas suas relações com a sociedade. Para tanto, utilizou-se os saberes oriundos do direito, da sociologia, da antropologia, da história e da ciência política, com o objetivo de descrever o processo histórico de transformação dessas formas de Estado, e de como tais ideias influenciaram a formação do Estado Brasileiro. Aqui, vale lembrar um breve resumo histórico fornecido por José Tarcízio de Almeida Melo, em sua obra “*Direito Constitucional do Brasil*”.

[...] a excelência do Estado foi comprovada por sua admirável capacidade de adaptação. O Estado moderno tem sua origem no século XIII e consegue hegemonia plena no século XVI. Do século XVII ao final do século XVIII foram duzentos anos de áureo absolutismo. Do final do século XVIII ao final do século XIX, cem anos de surgimento e afirmação das ideias liberais. Do início do século XX ao fim do Império Soviético, setenta anos de breve fastígio do *Welfare State* e do Estado Socialista. A etapa que se iniciou nos anos oitenta do século XX aponta para disputa entre os modelos neoliberais e neokeynesianos, a qual é prevista completar-se no início do século XXI [...] (ALMEIDA MELO, 2008:595).

O capítulo encontra-se organizado em seis tópicos, o tópico 1.1 – O Estado Liberal e de Direito – descreve alguns dos alicerces históricos bem como as ideologias que interagiram nesse período da humanidade, e que terminaram por contribuir para que esta passagem paradigmática ocorresse. O tópico 1.2 – Estado Democrático, discorre sobre os pressupostos, premissas e principais características dessa forma de Estado, culminando na visão proporcionada pelo arcabouço jurídico atual.

Com o título – O Estado e a Sociedade (cidadão) -, o tópico 1.3 avança nas questões relacionadas principalmente com as transformações do ambiente político-legal e das constantes tensões, avanços e retrocessos entre estes dois importantes entes jurídico-sociológicos. Nos tópicos 1.4 e 1.5 respectivamente intitulados: Relação Estado *versus* Sociedade no Brasil, e O Estado Brasileiro, buscou-se traçar um breve painel das relações paradoxais historicamente vivenciadas pelos cidadãos brasileiros frente ao nosso próprio leviatã.

Por fim, o tópico 1.6 - Espírito de Aventura, Patrimonialismo e Clientelismo - um Breve Histórico de nossa Herança Ibérica, relata primordialmente a questão

sócio-antropológica, e procura mostrar as origens da pluralidade cultural brasileira, o espírito de aventura herdado dos portugueses, e também das influências do patrimonialismo e do clientelismo como importantes características de nossa herança ibérica.

## 1.1 Estado Liberal e de Direito.

Vale lembrar que alguns fundamentos históricos, sociais, políticos e ideológicos são fundamentais para ampliar a compreensão acerca das origens e do processo de transformação histórica do conceito de Estado. Tais premissas auxiliam a entender as oscilações e superações sofridas como decorrência das mudanças sociais, e do conseqüente resultado do que hoje consideramos a sociedade contemporânea e do que entendemos por Estado, principalmente, por Estado ocidental.

Segundo Miguel Reale, em seu livro *“Lições Preliminares de Direito”*, o Estado é uma realidade jurídica, diferentemente da Nação, que é uma realidade sociológica. *“Nação deve ser vista como um Estado em potência, e o Estado deve ser visto como uma Nação politicamente organizada”* (REALE, 2002:35).

Na acepção que hoje se tem, a expressão Estado foi utilizada pela primeira vez na célebre obra de Maquiavel - *“O Príncipe”* -, escrita em 1513. Após isso, os italianos passaram a utilizá-la sempre relacionada ao nome de uma cidade, independentemente, como, por exemplo, *Stato di Firenze*. A partir dos séculos XVI e XVII a expressão também foi sendo incluída em escritos franceses, ingleses e alemães (MAQUIAVEL, 2009; REALE, 2002).

No Estado absolutista, o rei possuía poder absoluto, daí a ideia de Estado absolutista, poder concentrado nas mãos de uma única pessoa, o monarca, constituindo um ambiente em que Estado e governo se confundem em uma pessoa. Tudo se resumia na vontade do monarca, um grande exemplo disso é a celebre frase de Luís XIV, governante da França no século XVII, *“- O Estado sou eu”* (BONAVIDES, 2007:35-36).

O final do século XVIII na França serve de marco para uma nova fase do Estado Moderno. A Revolução Francesa de 1789, e o seu lema - Liberdade, Igualdade e Fraternidade - resumia os principais anseios da burguesia, ou seja:

liberdade individual para poder promover a expansão dos empreendimentos e a obtenção do lucro; igualdade jurídica com a aristocracia visando à abolição das discriminações; e fraternidade dos camponeses e da população pobre de Paris. No bojo de toda essa transformação conjectural econômica e social, nasce o Estado liberal como também o constitucionalismo.

Para João dos Passos Martins Neto, em sua obra – “*Não-Estado e Estado no Leviatã de Hobbes*” -, o capitalismo encontrava-se em franca consolidação pelo crescente poder econômico da burguesia, entretanto, o regime político permanecia sendo o monárquico, pois estava alicerçado no poder político e no prestígio social da nobreza. Neste cenário, Hobbes – filósofo inglês –, funda sua filosofia política sobre uma construção racional da sociedade, o que permitia explicar que o poder absoluto do monarca é estritamente racional, livre de qualquer religiosidade e sentimentalismo, negando, implicitamente, a origem divina do poder, destaque-se a sua obra o Leviatã, de 1651 (MARTINS NETO, 1999).

Na visão de Hobbes *apud* Martins Neto (1999) a relação existente entre o Estado e o indivíduo é produto de um pacto social. No pensamento político tanto de Hobbes como de Rousseau, a propriedade privada é um direito civil, em outras palavras, mesmo que no estado de natureza (Hobbes) e no estado de sociedade (Rousseau), o indivíduo se apossa de terras e bens, seria necessária a existência de leis para garanti-los (MARTINS NETO, 1999).

É neste cenário de efervescência política e econômica que a burguesia, em franca expansão capitalista, necessitava de uma teoria que legitimasse e suplantasse o poderio político e o prestígio social da realeza e da nobreza. O pensamento de John Locke, descrito na sua obra – “*Dois tratados sobre o governo civil*” -, elege a teoria da propriedade privada como direito natural tal como direito à vida, à liberdade e aos bens, adquiridos em razão do trabalho; esta obra caracterizou-se por imprimir legitimidade à burguesia. Dessa forma, o Estado emerge a partir do contrato social, tem as funções que Hobbes lhe atribuiu, mas sua principal finalidade é assegurar o direito natural da propriedade, portanto tem o Estado não a função de criar ou instituir a propriedade privada, mas sim garanti-la.

O processo dialético-histórico da teoria liberal, inicialmente concebida por Locke, e posteriormente, pelos idealizadores e patrocinadores da independência norte-americana (1776) e da Revolução Francesa (1789), e também pelos escritos de Charles de Secondat (Baron de) Montesquieu, “*O Espírito das Leis*”

(MONTESQUIEU, 2005), culminam a partir do século XX, com Max Weber (WEBER, 2009) afirmando que é tríplice a função do Estado:

a) Por meio da lei e polícia garante o direito natural de propriedade sem intervir na vida econômica e sem instituir a propriedade, ou seja, o cerne das ideias liberais: o Estado deve respeitar a liberdade econômica dos proprietários privados, estes elaboram as regras e as normas das atividades econômicas;

b) o Estado tem a função de arbitrar, por meio das leis e da força os conflitos da sociedade civil, estabelecendo, apenas uma esfera social entre o Estado e a sociedade civil;

c) o Estado intervém para legislar, permitir e proibir tudo quanto pertença à esfera da vida pública, mas não intervém sobre a consciência dos indivíduos. O Estado deve garantir a liberdade de seus governados, só intervindo quando se coloque em risco o próprio Estado.

Nas visões tanto de Marcelo Cattoni, autor da obra *“Direito Constitucional”*, como de Menelick de Carvalho Netto, em seu artigo *“Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito”*, no Estado liberal torna-se patente a divisão do que é público, ou seja, tudo que é ligado às coisas do Estado (cidadania, segurança jurídica, representação política, etc.) e o que é privado (vida, liberdade, individualidade familiar, propriedade, o mercado - trabalho e capital). O Estado passa a garantir a certeza das relações sociais por intermédio da legalidade estrita. Compete ao Estado *“garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo”* (CATTONI, 2002:55).

Neste ponto, vale ressaltar *“a ideia de liberdade individual, vista como autonomia da conduta individual (liberdade de ter)”*(MIRANDA, 2002:53). E a configuração da igualdade de todos diante da lei de acordo com os ensinamentos de Carvalho Netto (1999:478):

[...] são iguais no sentido de todos se apresentarem agora como proprietários, no mínimo, de si próprios, e, assim, formalmente, todos devem

ser iguais perante a lei, porque proprietários, sujeitos de direito, devendo-se pôr fim aos odiosos privilégios de nascimento, ou seja, extirpar os privilégios no sangue e na hereditariedade.

Diante destes novos paradigmas a Constituição passa a ser concebida como um ordenamento normativo organizado em razão do poder público – princípio da separação de poder –, e garantia dos direitos fundamentais do indivíduo. Assim pondera José J. Gomes Canotilho, em sua obra *“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”*, quando afirma que a constituição é uma *“ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”*(CANOTILHO, 1999:48).

Dessa forma, conta o Estado liberal de direito com o aparato de garantias das liberdades individuais alicerçado no texto constitucional. Fundamenta a Constituição escrita, desde a Independência Americana e a Revolução Francesa, um pacto político que representa, na realidade, o que poder-se-ia denominar de Estado burguês de direito (CANOTILHO, 1999).

No sistema de freios e contrapesos (*check and balances*) implementado pelo Estado liberal de direito, a supremacia compete ao Poder Legislativo, fonte, por excelência, do Direito. Ao Poder Judiciário incumbia dirimir conflitos interparticulares ou entre esses e a Administração Pública por processos lógico-dedutivos de subsunção do fato à norma, *“estando sempre vinculados ao sentido literal”* conforme afirma Cattoni (2002:55), evidenciando posição subalterna perante o Legislativo, razão porque o Judiciário era *“la bouche de la loi”*, no dizer de Montesquieu como leciona Willis Santiago Guerra Filho, em seu livro *“Teoria da Ciência Jurídica”* (GUERRA FILHO, 2001:162). Como também, que ao executivo compete implementar o Direito, *“garantindo a certeza e a segurança jurídicas e sociais, internas e externas, na paz e na guerra”* (CATTONI, 2002:57).

O paradigma do Estado liberal e suas ideias abstratas, que conformavam o exercício das liberdades individuais, das igualdades formais e da propriedade privada, culminaram por fundamentar ideais e práticas sociais, caracterizando o período histórico de maior exploração do homem pelo homem, de acordo com a visão de Thomas Kuhn, autor de *“A estrutura das revoluções científicas”*(KUHN, 2000:43).

Com o surgimento dos ideais socialistas, comunistas e anarquistas e que “*animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles reforça com a luta pelos direitos coletivos e sociais*” como afirma Carvalho Netto (1999:478), a ordem liberal é refutada e posta em xeque. O sistema histórico liberal sofre “*diversas transformações à medida que conectaram com outros movimentos ou reformaram seu quadro institucional para se ajustar a novas exigências sociais*” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2000:55).

É perceptível, também, o avanço do movimento democrático, como também o surgimento de um capitalismo monopolista, ambos motivados pelas crescentes demandas sociais e políticas que ocorreram logo após a Primeira Guerra Mundial. Tais fenômenos contribuíram significativamente para a crise da sociedade liberal, permitindo o surgimento de uma nova fase constitucional social, alicerçada na Constituição da República de Weimer, inaugurava-se, desta forma, o panorama constitucional do Estado social de direito (CARVALHO NETTO, 1999:479).

Neste novo paradigma constitucional, – o social, surge como consolidação dos direitos anteriormente formais, com isso pressupõe uma releitura dos primeiros direitos nominados fundamentais agora adaptados à nova demanda social crescente. Assim, a liberdade do Estado liberal não deve ser considerada mero desdobramento da legalidade estrita em que o indivíduo podia fazer o que não fosse proibido pela lei, como afirma Carvalho Netto (1999:40): “[...] *mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação*”. Procura-se, desta forma, a satisfação de um mínimo material de igualdade.

A proposta social implica a “*internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material*”. A ruptura do paradigma do Estado liberal conduz à redefinição dos direitos fundamentais, segundo o que Habermas (2003a:127) denomina como uma forma de “*materialização do direito*”.

Nesse contexto complexo da sociedade, resultado do novo modelo social ou bem-estar-social, onde o direito tende a ser materializado, o Estado passa a abranger novas tarefas econômicas e sociais, minimizando a distância entre a realidade social sob a ótica da igualdade material. O antigo cidadão-proprietário do Estado liberal é o cliente de uma Administração Pública garantidora de bens e serviços.

Ao Poder Executivo são atribuídos mecanismos “*de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do interesse coletivo, público, social ou nacional*” como afirma Cattoni (2002:60). Ao Legislativo, compete a “*fiscalização e apreciação da atividade da Administração Pública e da atuação econômica do Estado*” (CATTONI, 2002:60).

O Judiciário não limita ser mais a *bouche de la loi*, exige-se do juiz seja *la bouche du droit*; a hermenêutica jurídica prevê métodos mais sofisticados sob análise teleológica, sistêmica e histórica, nas palavras de Carvalho Netto (1999:481):

[...] capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do direito que mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais.

Desta forma, parece estabilizarem os paradigmas sociais, políticos e legais para a construção do Estado democrático como será descrito no tópico a seguir.

## 1.2 Estado Democrático

Em sua obra “*Ciência Política*” Paulo Bonavides leciona que com o fim da Segunda Guerra Mundial, o Estado democrático de direito começa a sofrer transformações em sua conformação, muito em razão de suas crises de legitimação. Uma destas crises é certamente relacionada à liberdade (BONAVIDES, 2009).

Nesta linha de raciocínio, vale ressaltar as afirmações de Norberto Bobbio, em seu livro “*Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*”, quando, por exemplo, chama a atenção para as diferentes concepções de liberdade ao compararmos o Estado liberal e o Estado democrático

A diferença entre Estado liberal do tipo de Locke e Estado democrático pode ser reduzida em última análise a uma diferença entre duas concepções de liberdade: o liberal entende a liberdade como não impedimento, ou seja, como a faculdade de agir sem ser dificultado pelos outros, e cada um então tem liberdade tão maior quanto maior for o âmbito no qual pode mover-se sem encontrar obstáculos; o democrático, todavia, entende a liberdade como autonomia, e cada um então tem liberdade tão maior quanto mais a vontade de quem faz as leis se identificar com a vontade de quem deve obedecer a essas leis (BOBBIO, 1995:48).

Segundo Bonavides (2007) o paradigma do Estado democrático surge como uma alternativa ao modelo de Estado do bem-estar-social, muito embora tal conceito

possua também seus paradoxos como nos ensina Julia Maurmann Ximenes, em seu artigo intitulado “*Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito*”.

A concepção de Estado Democrático de Direito acarreta controvérsias que se baseiam na forma de se ver a questão da liberdade na busca pela legitimidade do poder: no “Estado de Direito”, a liberdade é negativa, de defesa ou de distanciamento do Estado; no Estado Democrático, a liberdade é positiva, pois representa o exercício democrático do poder, que o legitima. Os críticos dessa forma de Estado dizem que essa concepção de liberdade representa o liberalismo político: o homem civil precede o homem político (XIMENES, 2008:5).

Neste ponto, faz-se necessário abrir um parêntesis e considerar outro conceito intimamente relacionado com a noção de Estado democrático, trata-se do conceito de democracia que também carrega consigo muitos paradoxos e exigências.

Numa visão predominantemente oriunda do campo da Sociologia, Robert A. Dahl, autor de “*Sobre a democracia*” afirma que: - “*quando se discute a democracia, talvez nada proporcione confusão maior do que o simples fato de “democracia” referir-se ao mesmo tempo a um ideal e a uma realidade. Muitas vezes essa distinção não é muito clara*” (DAHL, 2001:37). Principalmente, porque existiram formas democráticas de governo, mesmo antes da organização do Estado como hoje a conhecemos.

Norberto Bobbio tece outras importantes considerações a respeito da democracia em sua obra “*Elogio da serenidade e outros escritos morais*”, quando afirma:

A democracia é a forma de governo cujas regras principais, quando observadas, têm o objetivo de permitir a solução dos conflitos sociais sem a necessidade de recorrer à violência recíproca (as cabeças são contadas e não cortadas). Para poder viver e reforçar-se, uma democracia necessita da máxima extensão da relação de confiança recíproca entre os cidadãos, e portanto da eliminação, tão completa quanto possível, da estratégia da simulação e do engano (o que quer dizer também a redução, tão grande quanto possível, do espaço do segredo) (BOBBIO, 2002:98-99).

Considera-se, desta forma, a premissa de que a democracia necessita e exige uma sociedade pluralista, em que diversos grupos de poder disputam da forma mais pacífica possível a liderança pela tomada das decisões da coletividade. Assim, a democracia termina por ser um regime em que há um exercício constante de acordos e negociações entre os vários grupos, com o objetivo de tornar o processo decisório o mais consensual possível. “*A democracia dá vida a uma sociedade*

*eminentemente contratual. Tal sociedade, por sua vez, pressupõe e exige o respeito à máxima “Pacta sunt servanda”* (BOBBIO, 2002:99).

Jürgen Habermas em seus escritos “*A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*”, afirma que é importante fazer certas distinções, ao trabalharmos conceitos tais como: Estado de direito, Estado democrático e democracia.

Estado de direito e democracia apresentam-se para nós como objetos totalmente diversos. Há boas razões para isso. Como todo domínio político é exercido sob a forma do direito, também aí existem ordens jurídicas em que o poder político ainda não foi domesticado sob a forma do Estado de direito. E da mesma forma há Estados de direito em que o poder governamental ainda não foi democratizado. Em suma, há ordens jurídicas estatais sem instituições próprias a um Estado de direito, e há Estados de direito sem constituições democráticas. Essas razões empíricas para um tratamento acadêmico dos dois objetos marcado pela divisão do trabalho, porém, não significam de modo algum que possa haver do ponto de vista normativo um Estado de direito sem democracia (HABERMAS, 2007:293-294).

No que complementa José Afonso da Silva em seu artigo intitulado “*O Estado Democrático de Direito*”, que é preciso ter consciência que a democracia ao concretizar valores como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa entre os homens, torna-se um conceito mais amplo do que o conceito de Estado;

[...] é conceito mais abrangente do que o de Estado de direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. Seu conceito é tão histórico como o de democracia, e se enriquece de conteúdo com o evoluir dos tempos. A evolução histórica e a superação do liberalismo, a que se vinculou o conceito de Estado de Direito, colocam em debate a questão da sua sintonia com a sociedade democrática. O reconhecimento de sua insuficiência gerou o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático (SILVA, 2000:15).

Dahl (2001) destaca uma série de pré-requisitos político institucionais para que possa existir uma democracia em grande escala. Na sua visão de sociólogo elenca seis grandes características, a saber:

- 1) Funcionários Eleitos: O controle das decisões do governo sobre a política é investido constitucionalmente a funcionários eleitos pelos cidadãos.
- 2) Eleições livres, justas e frequentes: Funcionários eleitos são escolhidos em eleições frequentes e justas em que a coerção é relativamente incomum.
- 3) Liberdade de expressão: Os cidadãos têm o direito de se expressar sem o risco de sérias punições em questões políticas amplamente definidas, incluindo a crítica aos funcionários, o governo, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia prevalecente.
- 4) Fontes de informação diversificadas: Os cidadãos têm o direito de buscar fontes de informação diversificadas e independentes de outros cidadãos, especialistas, jornais, revistas, livros, telecomunicações e afins.
- 5) Autonomia para as associações: Para obter os seus vários direitos, até mesmo os necessários para o funcionamento eficaz das instituições políticas democráticas, os

cidadãos também têm o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, como também partidos políticos e grupos de interesses. 6) Cidadania inclusiva: A nenhum adulto com residência permanente no país e sujeito a suas leis podem ser negados os direitos disponíveis para os outros e necessários às cinco instituições. (DAHL, 2001:153-154).

Pelo lado da doutrina, Hans Kelsen, em sua obra “*A Democracia*” dá relevo aos aspectos formais da lei e das técnicas do ordenamento jurídico:

[...] a democracia é simplesmente uma das técnicas possíveis de produção das normas de ordenação. Mas é uma técnica que tem característica peculiares. Eliminadas as incrustações ideológicas, como as de soberania popular e representação, reconhecida a impossibilidade de esquivar-se ao princípio da divisão do trabalho, a democracia moderna é o sistema de produção das normas da ordenação que confia tal tarefa a um corpo (parlamento) eletivo, com a base mais ampla possível (sufrágio universal) e com método eleitoral proporcional (mesmo sem pretensões de representação), e que funciona, via de regra, segundo o princípio da maioria simples [...] um sistema nunca pode ser considerado integral e totalmente democrático (ou totalmente autocrático) mas, antes, uma combinação (evidentemente em doses bastante variáveis) de elementos democráticos e autocráticos. Pode-se chamar democrático um sistema que o seja pelo menos no nível da produção das normas mais gerais e mais abstratas; em suma, no nível da legislação. (KELSEN, 2000:13-14).

Sem querer menosprezar nenhum destes pré-requisitos e prescindindo de emitir juízos de valor que porventura criassem graus de hierarquia; tratar-se-á daqui até o final deste tópico, apenas, dos conceitos de liberdade e cidadania, pela importância filosófica e histórica que estes fenômenos demonstram para a construção do Estado democrático.

Da ideia de que somos – idealmente – iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade (KELSEN, 2000:27).

Norberto Bobbio ao discorrer sobre liberdade em sua obra “*Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*” nos ensina que: “[...] a injunção “*todos os homens devem ser livres*” tem um significado puramente emocional se não se responde à questão: “*Todos, exatamente todos?*”, e se não se oferece uma justificativa para as exceções, como as crianças, os loucos [...]” (BOBBIO, 2001:127-128). Como também, que é necessário refletir sobre os conceitos decorrentes da “*liberdade de querer*”, que estão intimamente relacionados com o livre-arbítrio, e a liberdade de agir.

Ora, a liberdade de agir, particularmente, é um tema de interesse da filosofia política, que a desdobra em múltiplos sentidos como “*a liberdade negativa, a liberdade de agir propriamente dita e a liberdade como autonomia ou obediência às leis que cada um prescreve a si mesmo*” (BOBBIO, 2001:128).

É necessário considerar que no Estado democrático podem existir circunstâncias em que a liberdade e a igualdade interajam em compatibilidade e complementaridade, alicerçando uma sociedade justa e humana e, ainda que “*em outras situações em que são incompatíveis e se excluem reciprocamente, e outras ainda em que é possível e recomendável uma equilibrada combinação de uma com a outra*” (BOBBIO, 2001:128).

Habermas (2007:279) ao abordar alguns aspectos da cidadania afirma que “*segundo a concepção liberal, determina-se o status dos cidadãos conforme a medida dos direitos individuais de que eles dispõem em face do Estado e dos demais cidadãos*”. Por este prisma, os cidadãos são portadores de direitos subjetivos e, portanto, podem ter à sua disposição a defesa do Estado, nos casos em que estejam defendendo os próprios interesses dentro das imposições determinadas pelas leis. Esta capacidade de defesa também abrange, inclusive, uma proteção contra as possíveis intervenções estatais, que de alguma maneira possam exceder o que está previsto na lei, e lembra ainda que:

Direitos subjetivos são direitos negativos que garantem um espaço de ação alternativo em cujos limites as pessoas do direito se vêem livres de coações externas [...] De acordo com a concepção republicana, o status dos cidadãos não é determinado segundo o modelo das liberdades negativas, que eles podem reivindicar como pessoas em particular. Os direitos de cidadania, direitos de participação e comunicação política são, em primeira linha, direitos positivos (HABERMAS, 2007:279).

Tais direitos positivos, ainda considerando a visão de Habermas, não se constituem em garantia de liberdade em relação à coação externa, mas sim garantem a participação dos cidadãos numa ação concreta, cujo fim é transformá-los em “*sujeitos politicamente responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais*” (HABERMAS, 2007:279).

### 1.3 O Estado e a Sociedade (cidadão)

Em seu livro *“Teoria Geral do Direito e do Estado”* Hans Kelsen já assegurava que estabelecer conceitos, fundamentos e características acerca das inúmeras interações entre Estado e Sociedade não é uma tarefa simples. Em primeiro lugar, é preciso delimitar os conceitos, pois, normalmente, essas duas palavras são usadas em várias conotações (KELSEN, 2005).

Os conceitos de Estado e Sociedade, na linguagem dos filósofos e estadistas, têm sido empregados ora indistintamente, ora em contraste, aparecendo então a Sociedade como círculo mais amplo e o Estado como círculo mais restrito. A Sociedade vem primeiro; o Estado, depois (BONAVIDES, 2009:61).

Numa visão predominantemente sociológica, William Outhwaite e Tom Bottomore, organizadores da obra *“Dicionário do pensamento social do Século XX”*, afirmam que *“uma definição de Estado que encontra grande concordância entre os cientistas sociais inclui pelo menos três elementos”* (OUTHWAITE E BOTTOMORE, 1996:257).

O primeiro elemento a ser considerado é que *“um estado é um conjunto de instituições”*, e que essas instituições, normalmente, são definidas pelos próprios agentes do estado. Dentre elas, a mais importante, é a instituição dos *“meios de violência e coerção”*. O segundo elemento diz respeito ao território geográfico e, o terceiro ao monopólio na criação de normas.

[...] essas instituições localizam-se em um certo território geográfico, geralmente, referido como sociedade. De modo crucial, o estado olha para dentro de si mesmo, no caso de uma sociedade nacional, e para fora, no caso de sociedades mais amplas entre as quais ele precisa abrir seu caminho [...] o estado monopoliza a criação das regras dentro do seu território. Isso tende à criação de uma cultura política comum [...]” (OUTHWAITE & BOTTOMORE, 1996:257).

Em sua obra *“Sociologia”*, Antony Giddens reforça tais argumentos ao afirmar que:

Um Estado existe onde há um mecanismo político de governo (instituições como um Parlamento ou Congresso, além de servidores públicos) controlando determinado território, cuja autoridade conta com o amparo de um sistema legal e da capacidade de utilizar a força militar para implementar suas políticas. Todas as sociedades modernas são estados nações, ou seja, estados nos quais a grande massa da população é composta por cidadãos que se consideram parte de uma única nação (GIDDENS, 2005:342).

Numa visão oriunda predominantemente das ciências jurídicas Habermas (2003a) lembra que o direito a um conjunto de liberdades subjetivas de ação materializa-se nos direitos fundamentais. Tais direitos, enquanto direitos positivos cobrem-se de ameaças de medidas repressivas, e que normalmente podem ser utilizadas contra interesses contrários ou, ainda, contra transgressões de normas. Pressupõe-se, dessa maneira, a existência do poder de sanção de uma organização, que tem ao seu dispor meios para utilizar o emprego lícito da coerção, como forma de impor o respeito ao código legal.

Neste ponto surge o Estado, que mantém como reserva um poder militar, a fim de “garantir” seu poder de comando. A pretensão a iguais direitos, numa associação espontânea de membros do direito, pressupõe uma coletividade limitada no espaço e no tempo, com a qual os membros se identificam e à qual eles podem imputar suas ações como partes do mesmo contexto de interação. A fim de constituir-se como comunidade de direito, tal coletividade precisa dispor de uma instância central autorizada a agir em nome do todo. Isso atinge o aspecto da auto-afirmação sob o qual o Estado instaura sua capacidade para a organização e auto-organização destinada a manter, tanto para fora como para dentro, a identidade da convivência juridicamente organizada” (HABERMAS, 2003a:170).

Aqui, vale lembrar ainda os ensinamentos sobre a própria historicidade dos direitos fundamentais como colocado por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, autores de “*Curso de Direito Constitucional*”.

O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas pelo poder (MENDES; COELHO E BRANCO, 2007:231).

Kelsen (2005) ressalta que é preciso ter cuidado ao se tentar reduzir a “*vontade do Estado*” como reflexo de uma realidade, predominantemente, psicológica ou sociológica. Isso se constituiria em um equívoco cognitivo e afirma:

[...] é hipostatizar uma abstração em força real, ou seja, atribuir caráter substancial ou pessoal a uma relação normativa entre indivíduos. Essa é como assinalamos, uma tendência típica do pensamento primitivo, e o pensamento político tem, em grande parte, um caráter primitivo. A tendência a hipostatizar a vontade de um supra indivíduo, e isso significa um supra ser humano, tem um propósito ideológico inconfundível (KELSEN, 2005:267).

Ainda de acordo com Kelsen (2005), esse fenômeno torna-se claro quando se tenta descrever o Estado como uma manifestação de um “*interesse coletivo*”. Pois o que parece ser mais real é que a população de um Estado, normalmente, encontra-se dividida em diversos grupos que demonstram possuir interesses opostos. Dessa forma, o conjunto de convicções filosóficas, sociais, políticas etc. do grupo dominante é utilizado de forma, muitas vezes dissimulada, para ocultar esse inevitável conflito de interesses.

Chamar o interesse expressado pela ordem jurídica de interesse de todos é uma ficção mesmo quando a ordem jurídica representa um compromisso entre os interesses dos grupos mais importantes. Fosse a ordem jurídica realmente a expressão dos interesses comuns a todos, ou seja, se a ordem jurídica estivesse em completa harmonia com os desejos de todos os indivíduos sujeitos à ordem, então essa ordem poderia contar com a obediência voluntária de todos os sujeitos; ela não mais precisaria ser coercitiva, e, sendo completamente “justa”, não precisaria nem mesmo ter o caráter de Direito” (KELSEN, 2005:267).

Em relação ao conceito de Sociedade a polêmica não se apresenta mais branda. Segundo Bonavides (2009), por exemplo, a palavra sociedade é comumente utilizada para fazer referência a um conjunto complexo de relações entre o homem e seus semelhantes. Para Jürgen Habermas, no segundo volume de sua obra “*Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*”, o significado da palavra sociedade civil nos dias de hoje é bem diverso daquela concepção dos séculos XVIII e XIX.

O atual significado da expressão “sociedade civil” não coincide com o da “sociedade burguesa”, da tradição liberal, que Hegel chegara a tematizar como “sistemas das necessidades”, isto é, como sistema do trabalho social e do comércio de mercadorias numa economia de mercado. Hoje em dia, o termo “sociedade civil” não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e dos mercados de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida (HABERMAS, 2003b:99).

Jürgen Habermas conclui seu raciocínio afirmando que a sociedade civil contemporânea é mais complexa, pois conforma-se de múltiplas organizações, movimentos sociais e associações, que agem no sentido de capturar os rumores das pressões e problemas sociais oriundos dos domínios privados, sintetizando-os e transmitindo-os, em seguida para o domínio da vida pública e política. “*O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos*

*capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas [...]'* (HABERMAS, 2003b:99).

De acordo com Antony Giddens:

De todas as noções sociológicas, o conceito de sociedade é um dos mais importantes. Uma sociedade é um sistema de relações sociais estruturadas que une as pessoas de acordo com uma cultura em comum. Algumas sociedades, como a dos caçadores e dos coletores, são bastante pequenas, contando com não mais que algumas dezenas de pessoas. Outras são muito grandes, envolvendo milhões de indivíduos [...] Os traços culturais estão intimamente relacionados a padrões abrangentes no desenvolvimento da sociedade (GIDDENS, 2005:45).

Dessa forma, por exemplo, o nível de cultura material alcançado em uma certa sociedade é capaz de influenciar, muito embora não seja completamente determinístico, muitas outras características do desenvolvimento cultural. Isso pode ser perceptível no nível da tecnologia. *“Muito da parafernália cultural, característica de nossas vidas de hoje – carros, telefones, computadores, água encanada, luz elétrica -, depende das inovações tecnológicas que foram feitas há bem pouco tempo na história humana [...]'* (GIDDENS, 2005:45).

Monique Canto-Sperber organizadora da obra *“Dicionário de Ética e Filosofia Moral”* reforça essa linha de pensamento quando afirma que:

A noção de sociedade, que nos é tão familiar, revela-se complexa a partir do instante em que buscamos precisar o seu sentido. Podemos definir a sociedade como um agrupamento de indivíduos que ocupam um território relativamente bem circunscrito, partilhando uma cultura e instituições mais ou menos características e mantendo relações de interdependência. Acrescenta-se, às vezes, que, para ser chamado de sociedade, um agrupamento de indivíduos deve ainda ser relativamente auto-suficiente, ver sua existência perpetuar-se por várias gerações e conter um número elevado de indivíduos (CANTO-SPERBER, 2007:602).

Lembra ainda sobre a imprecisão de tais conceitos, pois quando consideramos variáveis como espaço geográfico ocupado, dados demográficos e, também, o tempo de duração e a qualidade das relações, devemos ter em mente que esses fenômenos estão sujeitos a uma *“margem de apreciação variável”* (CANTO-SPERBER, 2007:602).

Hans Kelsen, pelo lado da doutrina, e considerando os pressupostos do Estado Democrático de Direito afirma:

[...] Mas o que é esse povo? Uma pluralidade de indivíduos, sem dúvida. E parece que a democracia pressupõe, fundamentalmente, que essa pluralidade de indivíduos constitui uma unidade, tanto mais que, aqui, o

povo como unidade é – ou teoricamente deveria ser – não tanto objeto mas principalmente sujeito do poder. Mas saber de onde resulta essa unidade que aparece com o nome de povo continuará sendo problemático enquanto se considerarem apenas os fatos sensíveis. Dividido por posições nacionais, religiosas e econômicas, o povo aparece, aos olhos do sociólogo, mais como uma multiplicidade de grupos distintos do que como uma massa coerente de um único e mesmo estado de aglomeração. Nesse aspecto, só se poderá falar de unidade em sentido normativo (KELSEN, 2000:35-36).

Assim, ao considerarmos, prioritariamente, a unidade de pensamentos, de sentimentos e, até mesmo, de vontades, como uma forma de solidariedade de interesses, a aludida unidade do povo pode ser entendida como um “postulado ético-político”. Postulado assumido como um fenômeno real pela ideologia política devidamente subsidiada por uma “ficção de aceitação”, que atingiu um elevado grau de aceitação, ao ponto, que dificilmente ouvem-se críticas a esse respeito (KELSEN, 2000).

Na verdade, o povo só parece uno, em sentido mais ou menos preciso, do ponto de vista jurídico; a sua unidade, que é normativa, na realidade é resultante de um dado jurídico: a submissão de todos os seus membros à mesma ordem jurídica estatal constituída – como conteúdo das normas jurídicas com base nas quais essa ordem é formada – pela unidade dos múltiplos atos humanos, que representa o povo como elemento do Estado, de uma ordem social específica [...] (KELSEN, 2000:35-36).

Deduz-se que o conceito de sociedade ora encontra-se intrinsecamente relacionado com o conceito de cultura (e com as vastas acepções desse conceito), ora, com a ideia relativista e, ao mesmo tempo, reducionista, de um conjunto de indivíduos sob a tutela, coação, julgo etc. de um mesmo sistema legal. Ao supormos uma linha imaginária unindo essas ideias (um *continuum*) entre as premissas da sociedade-cultura e a sociedade-sistema legal, é possível desenvolver uma infinidade de hipóteses e variáveis.

#### **1.4 Relação Estado *versus* Sociedade no Brasil**

O Estado, na visão de diversos autores (AZAMBUJA, 2008; HERNADEZ, 2008; SILVA JÚNIOR, 2004), é uma construção legal, social, política e econômica, composta por uma complexa estrutura de atividades práticas e teóricas, em que as classes dominantes justificam e mantêm o seu poder sobre os governados. Em outras palavras, independentemente do consentimento ou não dos governados, o Estado é uma forma de legitimação do domínio como leciona Maria Cristina Pratis

Hernandez, em seu artigo intitulado “A Configuração do Estado Brasileiro” (HERNADEZ, 2008).

A relação simbiótica entre Estado e Sociedade é bem definida por Roberto DaMatta, antropólogo, em seu artigo “*Em Torno de Alguns Aspectos Sócio-Culturais da Fiscalização*” quando afirma que: “A sociedade não acaba no Estado como afirmam os evolucionistas, nem o Estado na sociedade, como pretendem as teorias liberais de direita ou esquerda. Há, de fato, um elo complexo entre essas duas “coletividades” (ou organizações)” (DaMATTA, 1999:2).

Para melhor compreender o cenário das relações entre o Estado e a Sociedade no Brasil é necessário, em primeiro lugar, delinear um quadro geral em que são descritas as estruturas coloniais que foram efetivamente transferidas e mantidas, mesmo após a declaração da independência.

Segundo DaMatta (1999), a península Ibérica por conta de oito séculos de dominação moura desenvolveu um sistema estatal diverso do restante da Europa. Foi um sistema que se manteve relativamente isolado, tanto da ideologia igualitária e reformista impetrada pelos protestantes, como também, pela adoção da economia de mercado advinda da Revolução Industrial.

Desta forma, o mundo Ibérico em que a religião católica era a religião oficial foi responsável pela construção de um “Estado patrimonial”.

Um Estado cujo modelo era formado por uma visão particularista e clientelística do mundo e que se contrapôs à modernidade baseada no individualismo, realizando uma Contra-Reforma que reforçou sua tradição romana e clientelística, agora com o aval e o poder repressor e sacrossanto da Igreja (DaMATTA, 1999:2).

No caso do Brasil colônia e, posteriormente, no Brasil independente o mundo luso-brasileiro também promoveu uma recomposição do Estado; em que se procurou debelar as pressões da ideologia burguesa, especialmente do liberalismo. Desta maneira, enquanto que em países como a Inglaterra, por exemplo, o Estado procurava se alinhar com os interesses da burguesia; no mundo Ibérico, ao contrário, a estrutura do Estado reagiu mantendo uma relativa autonomia em relação às classes emergentes. Uma estrutura alicerçada em funcionários e razões próprias, que muitas vezes não se mostrou preocupada em servir, ou até mesmo em administrar, mas sim em reprimir a própria sociedade conforme a visão de Dequex

Araújo Silva Júnior em seu artigo “*O dilema da sociedade civil brasileira*” (SILVA JÚNIOR, 2004).

Esta linha de raciocínio é reforçada por Roberto DaMatta quando afirma que:

Outro dado básico de nossa formação histórica foi o fato do Estado (ou governo - a sua face pessoal e humana), anteceder a formação da sociedade, interagindo de modo especial com ela. O que fez o Estado ser no Brasil um instrumento de colonização, educação, dominação e gerência da sociedade, um papel e um processo de tutoria que oscila entre fases democráticas e autoritárias (DaMATTA, 1999:1).

Parte deste processo de tutoria oscilante, principalmente, na história recente do país, pode ser verificada na obra de Edson Nunes intitulada “*A Gramática Política do Brasil*”, quando afirma:

Os três maiores partidos políticos brasileiros entre 1945 e 1964 podem ser assim caracterizados: O PTB e o PSD cristalizaram-se como clientelistas e se distanciaram tanto do universalismo de procedimentos quanto do universalismo instrumental. A UDN, apesar da possibilidade inicial de se institucionalizar como um porta-voz do universalismo, foi afetada pelas peculiaridades regionais que a levaram ao poder em coalizão com partidos clientelistas e que pressionaram a lógica partidária na direção do clientelismo. Os três maiores partidos acabaram constituindo uma coalizão de fato para a patronagem (NUNES, 1997:80).

Segundo Nunes (1997) em 1945, o regime democrático brasileiro caracterizou-se por alçar a política partidária e eleitoral a um patamar acima de todas as grandes questões nacionais. Preocupados com as consequências da centralização executiva promovida pelo regime autoritário, os constituintes trataram de ampliar a importância do Congresso em relação ao poder executivo.

A Constituição de 1946 garantia ao Congresso brasileiro o poder da bolsa, através do controle do orçamento da União. O texto constitucional era liberal e não deixava muito espaço para o Estado, isto é, o Executivo, intervir na economia [...] Mesmo políticas de curto prazo tinham de ser autorizadas pelo Legislativo, antes de entrar em vigor, e a execução de políticas era seguida de perto por atentas comissões do Legislativo [...] (NUNES, 1997:81).

Porém, mesmo este reforço no poder político dos partidos não foi suficiente para manter viva a chama dos princípios constitucionais eminentemente liberais. Tanto o segundo governo Vargas (1951-1954), como também, o governo de Juscelino Kubitschek (1956-61) conseguiram promover uma agenda de desenvolvimento econômico e de industrialização do Brasil, por canais que não pertenciam à esfera de influência política dos partidos.

Desde a década de 40 existia uma aparente divisão do trabalho no interior do sistema político brasileiro. Os partidos políticos controlavam governos estaduais, ministérios e o orçamento federal. A patronagem era responsável por milhares de nomeações na burocracia estatal tradicional e tornou impossível qualquer reforma administrativa no âmbito do funcionalismo, o que levou à caracterização do Estado brasileiro como um Estado cartorial (NUNES, 1997:81-82).

Segundo Hélio Jaguaribe e Sérgio Henriques Abranches, autores de “*Sociedade, Estado e partidos na atualidade brasileira*”, para superar esta condição de “*Estado cartorial*”<sup>2</sup>, o Brasil necessitaria promover “*uma ampla e profunda racionalização funcional do Estado, conducente a uma administração profissional, baseada na competência e na responsabilidade*” (JAGUARIBE E ABRANCHES, 1992:42).

Alguns aspectos desta busca por uma administração pública profissional, competente e responsável, em que existem avanços e retrocessos e, também, as ideologias e modelos econômicos e administrativos que vêm sendo utilizados por sucessivos governos de nosso país, com o intuito de profissionalizar a administração pública nacional são analisados de forma mais detalhada no Capítulo 2 – Princípio da Eficiência deste trabalho.

Finalizando, no tópico seguinte tratar-se-á de questões relativas ao próprio Estado brasileiro e sua gênese histórica e legal, bem como, das múltiplas influências culturais, políticas, ideológicas que foram impostas pelas elites luso-brasileiras, e que influenciam, até os dias de hoje, as complexas relações entre o Estado e a Sociedade no Brasil.

## 1.5 O Estado Brasileiro

A Independência do Brasil, em 7 de Setembro de 1822, é sem dúvida o marco histórico mais importante da formação do Estado Brasileiro. Porém, é necessário entender que ao conservar a monarquia e a forma unitária de governo para atender

---

<sup>2</sup> Para Hélio Jaguaribe o “Estado Cartorial” surge como uma consequência da política de clientela que se formou, paulatinamente, em razão dos compromissos políticos e eleitorais entre as classes sociais que efetivamente sustentavam o modelo econômico de exploração então vigente no Brasil. As sinergias formadas entre esta política de clientela e a burocracia estatal deram origem a um tipo de Estado que muito se assemelhava a dos cartórios fiscais existentes durante as fases colonial e do Brasil império. Assim, o “Estado Cartorial” apresentava-se como um sistema de hierarquia diretamente proporcional ao prestígio das clientelas políticas, em que predominavam a manutenção de privilégios de classe no interior da burocracia estatal e, também, a distribuição de empregos marginais ao sistema produtivo caracterizados pela baixa produtividade (JAGUARIBE, 1962).

aos interesses, principalmente, dos altos escalões do governo e dos grandes comerciantes, em sua maioria de origem portuguesa, como também, dos grandes proprietários de terras e, até mesmo, dos escravos, foi também a gênese de uma série de distorções e conflitos internos, como leciona Manuel Correia Andrade, autor de *“As raízes do separatismo no Brasil”* (ANDRADE, 1999).

Em seu livro *“O Poder Político e Seus Elementos”* Palhares Moreira Reis lembra que:

[...] a partir do momento que um governo sucede a outro, este novo grupo governante, para dispor de autoridade, do direito de exercer o controle social, necessita ser considerado legítimo, como representativo da idéia de Direito do grupo (REIS, 1975:48).

Desta forma, percebe-se que as elites lusas procuraram uma maneira de realizar uma ruptura político-administrativa, concomitantemente, com a manutenção dos mesmos fundamentos sociais do controle dos meios de produção, como bem ressaltado por Celso Furtado, em seu livro *“Formação Econômica do Brasil”*:

Não existindo na colônia sequer uma classe comerciante de importância – o grande comércio era monopólio da Metrópole – resultava que a única classe com expressão era a dos grandes senhores agrícolas. Qualquer que fosse a forma como se processasse a independência, seria essa classe que ocuparia o poder, como na verdade ocorreu, particularmente a partir de 1831 (FURTADO, 1998:94).

Para o historiador Sérgio Buarque de Holanda, autor de *“Raízes do Brasil”*, mesmo durante a monarquia os grandes fundadores da estabilidade das instituições brasileiras foram os fazendeiros escravocratas, e seus descendentes já educados nas profissões liberais, pois eles verdadeiramente monopolizavam a política brasileira. Quando não eram eles mesmos os próprios eleitos, faziam por onde eleger seus candidatos e aliados (a retromencionada política de clientela – vide nota de rodapé nr. 2) . Assim dominaram os parlamentos, os ministérios e todas as mais altas posições na hierarquia dos governos. Como, por exemplo, foi a presença maciça da elite rural brasileira no Conselho de Estado, criado pelo Decreto de 13 de novembro de 1823 e extinto pelo Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, para elaborar a nova constituição e opinar sobre as crises de estado (HOLANDA, 1995).

Até mesmo a ideologia liberal encontrou no Brasil, pós-independência, uma forma híbrida distinta daquela praticada na Europa.

O liberalismo, que em todas as partes foi uma ideologia da sociedade civil, aqui foi uma ideologia do Estado para a sociedade civil. O que mais

prevaleceu foi o caráter patrimonial do Estado, com suas bases comerciais e de sustentação recíproca com os governos [...] A célebre consigna liberdade, igualdade e fraternidade que serviu de axioma para a chamada Revolução Burguesa, gerou o liberalismo clássico. No entanto, a liberdade política, em relação ao período anterior, sem dúvida ocorreu. Mas não a emancipação humana, porque por todas as partes homens e mulheres continuavam escravizados. De forma que, a igualdade foi mais no sentido jurídico (todos iguais perante a lei). Até porque, nunca houve a igualdade econômico-social para todos (HERNADEZ, 2008:51).

Segundo diversos autores (DaMATTA, 1999; MOTTA E CALDAS, 1997) essa hibridização criou um tipo de burocracia estatal distinta daquela originalmente descrita por Max Weber e comumente percebida nos países anglo-saxões. Uma espécie de adaptação que contribuiu para que a burocracia brasileira não se apresentasse como um meio racional de organização do aparelho administrativo de um Estado, e que enfim representasse, principalmente, os interesses da burguesia nos mesmos moldes dos pressupostos da visão weberiana.

Desta maneira, surge um híbrido de burocracia que foi utilizado como um instrumento de domesticação do liberalismo, especialmente, em sua dimensão econômica e que contou com um forte apoio da denominada “velha nobreza”, aquela formada pelos senhores agrários, “os nossos homens de solar” (HOLANDA, 1995:164). O resultado é “*uma ordem burocratizada e fundada em princípios impessoais e universalistas (uma burocracia), mas que opera associada a laços de simpatia pessoal e de patronagem de modo aristocrático-clientelístico*” (DaMATTA, 1999:3).

Em outras palavras, criou-se no agora Estado brasileiro um sistema capaz de unir as ideias acerca de hierarquia e igualdade liberal-burguesa moderna, que a princípio demonstrava interesse pelo mercado, mas sem entanto aceitar os valores burgueses, ao mesmo tempo, que se utilizava de um poderoso aparato jurídico capaz de manter toda a sua estrutura de autoridade, essencialmente, legalista e que perdura até os dias atuais (DaMATTA, 1999; HOLANDA, 1995).

E a república também não conseguiu curar estas características cuja gênese remonta desde a colonização, passando pela independência e pela monarquia.

As instituições formais do Estado ficaram altamente impregnadas por este processo de troca de favores, a tal ponto que poucos procedimentos burocráticos acontecem sem uma “mãozinha”. Portanto, a burocracia apoia a operação do clientelismo e suplementa o sistema partidário. Este sistema de troca não apenas caracteriza uma forma de controle do fluxo de recursos materiais da sociedade, mas também garante a sobrevivência do “corretor”

local. Todo o conjunto de relações característico de uma rede está baseado em contato pessoal e amizade leal (NUNES, 1997:33).

É necessário ter em mente, que o processo de adaptação da estrutura estatal brasileira sofreu uma grande influência dos percalços econômicos – queda das exportações, guerras etc. – que fizeram com que o nosso país atravessasse sérias dificuldades econômicas. E ainda, que tais dificuldades só se agravaram com a independência, época em que a renda nacional *per capita* declinou de forma significativa já na primeira metade do século XIX, como lembra Celso Furtado em sua obra “*Formação Econômica do Brasil*”.

[...] O valor da exportação por habitante, da população livre, que a fins do século anterior se aproximava de 2 libras, na metade do século XIX pouco excedia de uma libra [...] Também é provável que a renda *per capita* – admitindo-se uma população em 1850 de 7 milhões de habitantes, inclusive 2 milhões de escravos, os quais não se têm em conta no cômputo da renda *per capita* – haja sido mais baixa do que em qualquer período da colônia, se se consideram em conjunto as várias regiões do país (FURTADO, 1998:109).

Finalizando, parece compreensível que em épocas de crise econômica as elites dominantes procurem formas de manter o *status quo*, e isso naturalmente fomenta a concentração de renda, o patrimonialismo, o clientelismo e a manutenção das prerrogativas do Estado Cartorial (vide nota de rodapé nr.2). Como também, que esta conjunção de fenômenos tem sido capaz de influenciar negativamente a consolidação de uma burocracia profissional, eficiente e que se utilize dos mesmos moldes do pensamento liberal.

## **1.6 Espírito de Aventura, Patrimonialismo e Clientelismo - um Breve Histórico de nossa Herança Ibérica.**

De acordo com Holanda (1995) os portugueses e os espanhóis denotavam um gosto pela aventura distinto dos demais povos da Europa medieval.

Como explicar, sem isso, que os povos ibéricos mostrassem tanta aptidão para a caça aos bens materiais em outros continentes? “Um português”, comentava certo viajante do século em fins do século XVIII, “pode fretar um navio para o Brasil com menos dificuldade do que lhe é preciso para ir a cavalo de Lisboa ao Porto”. E essa ânsia de prosperidade sem custo, de títulos honoríficos, de posições e riquezas fáceis, tão notoriamente característica da gente de nossa terra, não é bem uma das manifestações mais cruas do espírito de aventura?(HOLANDA, 1995:46).

Segundo Fernando C. Prestes Motta e Miguel P. Caldas, organizadores da obra *“Cultura Organizacional e Cultura Brasileira”*, a miscigenação racial promovida pelos portugueses no Brasil colonial, motivada, principalmente, pela falta de mulheres brancas, também é responsável pela pluralidade cultural de nosso povo. Brancos, negros e índios interagiram durante séculos formando o que é hoje a cultura brasileira. Os portugueses tiveram um papel destacado quando percebe-se que:

Portugal não acusa em seu passado étnico e social nenhum predomínio exclusivo de raça; ao contrário, desenvolveu-se por intensa circulação tanto vertical como horizontal de raças das mais diversas procedências. Tanto mouros do norte da África como judeus misturaram-se livremente na sociedade portuguesa. Essa baixa consciência de uma raça puramente portuguesa possibilitou que, também aqui no Brasil, fôssemos receptivos a outras raças. Na época de nossa colonização, a única restrição existente era a pureza da fé, não a diferença de raça: nada que não pudesse curar os chamados hereges do que um rápido batismo (MOTTA; CALDAS, 1997:43).

Outro de nossos traços culturais, o “jeitinho”, bem descrito no livro *“O que faz o Brasil, Brasil?”* do antropólogo Roberto DaMatta, é que desde cedo, nós brasileiros, aprendemos no ambiente familiar que *“há sempre uma maneira de satisfazer nossos desejos e vontades mesmo quando eles vão de encontro às normas do bom senso e da coletividade em geral.”* É o famoso “jeitinho” que nos serve de modo de navegação social (DaMATTA, 2001:95).

O Quadro 1.1 adiante enumera os principais traços brasileiros quando considera-se a dimensão organizacional (num sentido amplo).

Traço	Características-chaves
1. Hierarquia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tendência a centralização do poder dentro dos grupos sociais.</li> <li>• Distanciamento nas relações entre diferentes grupos sociais.</li> <li>• Passividade e aceitação dos grupos inferiores.</li> </ul>
2. Personalismo	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sociedade baseada em relações pessoais.</li> <li>• Busca de proximidade e afeto nas relações.</li> <li>• Paternalismo: domínio moral e econômico.</li> </ul>
3. Malandragem	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Flexibilidade e adaptabilidade como meio de navegação social</li> <li>• Jeitinho</li> </ul>
4. Sensualismo	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Gosto pelo sensual e pelo exótico nas relações sociais.</li> </ul>
5. Aventureiro	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mais sonhador que disciplinado.</li> <li>• Tendência à aversão ao trabalho manual ou metódico.</li> </ul>

Quadro 1.1 – Traços Brasileiros Para Uma Análise Organizacional. Fonte: MOTTA, CALDAS (1997:44)

Na visão de Weber (2009:239) o patrimonialismo é constituído por um “*sistema de dominação alicerçado principalmente na tradição, em que se percebe na sua estrutura organizacional o poder sendo exercido por uma autoridade senhorial*”. Esta forma de autoridade, normalmente, é legitimada em um tipo de tradição na qual o governante recruta seu aparato administrativo com base em critérios particulares.

A palavra dominação não é adequada a todo tipo de exercício do poder com relação aos indivíduos ou grupos, mas, sim, à probabilidade de se encontrar obediência dentro de um grupo determinado para mandados específicos. Por essa razão, a autoridade requer um quadro administrativo, que se liga ao ser que domina por obediência, ligação esta que pode dar por vários motivos: costumes, interesses materiais e ideais. E é justamente a natureza dessas razões que determina o tipo de dominação predominante, pois ele entende que tal exercício faz com que o mandado a que se deve obedecer, converta-se em princípio da conduta de quem obedece (SILVA JUNIOR, 2004:17).

A imagem utilizada por Holanda (1995) para descrever a influência do patrimonialismo na cultura brasileira é a do “*homem cordial*”. Este personagem caricato, desde o princípio da colonização, denotava não fazer distinção entre as dimensões da vida pública e privada. Desta forma, o funcionário do aparato administrativo luso-brasileiro, utilizava os seus interesses particulares na gestão pública – empregos, funções, benefícios etc. – mantendo-os intrinsecamente relacionados com seus próprios direitos pessoais, e não aos interesses da coletividade como ocorre no Estado burocrático.

O patrimonialismo, consubstancia-se num conjunto de práticas, como clientelismo, personalismo, compadrismo, a indistinção da esfera pública e privada e pelo capitalismo politicamente orientado, onde o Estado é um instrumento para defender os interesses dos que o controlam [...] (SOUZA, 2006:13).

Reforça-se, desta forma, no imaginário da sociedade brasileira, o juízo do Estado provedor, do douto, do instruído administrador que distribui a riqueza, os favores, e que forma a opinião – o verdadeiro “pai do povo” – que reduz seus cidadãos ao quase nada.

Em uma sociedade patrimonialista, em que o particularismo e o poder pessoal preponderam, o favoritismo é o meio por excelência de ascensão social, sendo que o sistema jurídico e suas funções institucionais primordiais – como o Judiciário, por exemplo – costuma exprimir e veicular o poder pessoal e o privilégio, em detrimento da universalidade e da igualdade formal-legal (SILVEIRA, 2006:60).

De acordo com Motta e Caldas (1997) o clientelismo no Brasil, uma das muitas características de nossa pluralidade, foi incentivado pelos contrastes entre o considerável poder dos senhores rurais e os homens livres pobres desde o início da colonização. Os grandes proprietários de terra detinham uma considerável quantidade de recursos estratégicos, isto favoreceu o fortalecimento de uma situação de dependência e conseqüente domínio pessoal e arbitrário – o favor em troca de obediência e lealdade – passa a ser um atributo essencial nas relações sociais do Brasil colônia; estendendo-se posteriormente para o Brasil independente.

Finalizando, esse primeiro capítulo procurou demonstrar sucintamente a transformação histórica do conceito de Estado, de Sociedade e, também, as heranças culturais ibéricas que foram miscigenadas, formando tanto a pluralidade da cultura brasileira, como também, influenciando o sistema de normas pátrio. Nos próximos capítulos demonstrar-se-á como essa pluralidade cultural interagiu e, ainda interage, na complexa transformação histórica da sociedade civil brasileira, em sua busca pela eficiência na administração pública, nas atividades notarial e de registro e, também, no instituto da responsabilidade civil do Estado e dos notários e registradores decorrentes do exercício de suas atividades.

## **CAPÍTULO 2 – Princípio da Eficiência**

De acordo com Houaiss (2007), “*princípio é o primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início; o que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão; ditame moral; regra, lei, preceito [...]*”, de acordo com esse autor, a palavra princípio deriva do latim “*principium*”.

Porém, faz-se necessário avançar um pouco mais além do simples sentido etimológico da palavra “princípio”, e de suas acepções mais utilizadas, e também considerar as acepções filosóficas desse termo, levando-se em consideração afirmações de Gérard Durozoi, em seu “*Dicionário de Filosofia*”, quando lembra:

As ciências humanas cujo objeto exclusivo é o homem em suas várias dimensões (história, sociologia, psicologia, etnologia etc.) pretendem à independência de qualquer postulado filosófico, para melhor afirmar sua cientificidade, e conseguiram fazer com que se admitisse, momentaneamente, que a filosofia estava vendo suas possibilidades de reflexão sobre o homem se restringindo e se tornando, no limite, impossível. Cabe ao contrário à filosofia apreciar a realidade da autonomia das ditas ciências humanas retomando, além do mais, seu projeto permanente (de Sócrates a Hegel) de englobar como material de um pensamento reflexivo a diversidade dos conhecimentos parciais [...] (DUROZOI, 1993:80).

Ora, filosoficamente, princípio ou mesmo, no plural, princípios, na visão do filósofo prussiano Immanuel Kant, “*a priori levam este nome não só porque contêm em si os fundamentos de outros juízos, mas porque eles mesmos não se fundam em nenhum conhecimento mais alto e geral [...]*” (KANT, 1999:150).

Para a Filosofia do Direito, na visão de Sérgio Alves Gomes, em sua obra *Hermenêutica Constitucional*, a importância da Filosofia e do ato de filosofar garantem “*ao pensamento filosófico (como é o caso do pensar filosófico-jurídico) o seu lugar distinto e insubstituível dentre as demais possibilidades de experiências cognitivas [...] inclusive a respeito do Direito [...]*” (GOMES, 2008:47).

De acordo com Paulo Márcio Cruz e Rogério Suel Gomes, é preciso considerar que diante da velocidade das mudanças tecnológicas e das transformações de conceitos clássicos como soberania, democracia e Estado democrático de direito, “*os atuais ordenamentos jurídicos procuram fundamentar-se muito mais nos Princípios Constitucionais do que em qualquer outro tipo de norma jurídica*” (CRUZ E GOMES, 2006:9).

Para Isaias Fonseca de Moraes, autor de *“Manual de Direito Administrativo”*, a importância dos princípios para a ciência do Direito transcende a simples positivação, ao afirmar que:

[...] os princípios são as estruturas da ciência jurídica, que lhes dão origem e não necessitam, inclusive, de normatização escrita. Aliás, quando são positivados (escritos) tornam-se lei e, mesmo se não forem postos na norma escrita, serão de obediência vinculada. Para a maioria esmagadora da doutrina, sua obrigatoriedade é até mais intensa do que as regras positivadas (MORAES, 2008:35).

Em relação ao Direito brasileiro, Jefferson Aparecido Dias, em sua obra *“Princípio da Eficiência & Moralidade”* ensina que:

A Constituição de 1988, em todo o seu texto, adotou expressa e implicitamente vários princípios que fundamentam a organização estatal e o sistema jurídico adotado. O constituinte optou por estruturar o Estado e a sua relação com os cidadãos a partir de princípios, adotando a técnica de redação de estabelecer, inicialmente, os princípios fundamentais e depois discriminá-los através de outros princípios, subprincípios e regras (DIAS, 2008:47).

Assim, fala-se em princípio da legalidade, princípio da igualdade, princípio da indissolubilidade do vínculo federativo, princípio da periodicidade no reajuste da remuneração do servidor público, princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas, princípios de regência das relações internacionais etc. como leciona Alexandre de Moraes em sua obra *“Direito Constitucional”* (MORAES, 2001). Bem como, da importância dos princípios para a manutenção da ordem política como lembram Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco.

A sua gênese e o modo como são positivados nos textos constitucionais evidenciam, por outro lado, que os princípios jurídicos possuem, igualmente, uma importante dimensão institucional, como fatores de criação e manutenção de unidade política, à medida que, nos momentos constituintes, por exemplo, graças à amplitude e à indeterminação do seu significado, eles viabilizam acordos ou pactos de convivência sem os quais as disputas ideológicas seriam intermináveis, e os conflitos delas resultantes não permitiriam a promulgação consensual das leis fundamentais (MENDES; COELHO E BRANCO, 2007:28).

Este capítulo foi organizado em cinco tópicos, o primeiro deles aborda o conceito e um breve histórico acerca do princípio da eficiência. O segundo, intitulado *“O Princípio da Eficiência e o Direcionamento da Atividade e dos Serviços Públicos à Efetividade do Bem Comum”* analisa, brevemente, a relação de fundamentos constitucionais que buscam a promoção do bem de todos.

O terceiro tópico – “O Princípio da Eficiência e a Tríade Imparcialidade, Neutralidade e Transparência” - trata, inicialmente, das dificuldades conceituais impostas pela Filosofia Moral em se analisar a imparcialidade por meio de visões que considerem fenômenos como a reversibilidade, a universabilidade, o véu de ignorância e a objetividade; para num segundo momento abordar as questões relativas à neutralidade e, também, à transparência.

O quarto tópico – “O Princípio da Eficiência e a Participação e Aproximação dos Serviços Públicos da População” – discorre sobre como a legislação brasileira procura favorecer a participação e a aproximação da sociedade civil dos serviços públicos prestados pelo Estado. Por fim, o quinto tópico, intitulado “O Princípio da Eficiência e a Busca pela Eficácia, pela Desburocratização e pela Qualidade”, que examina, preliminarmente, as diferentes acepções que os termos eficiência, eficácia e efetividade possuem dependendo da ótica científica adotada – ciências econômicas, ciências administrativas, ciências jurídicas etc. -, para num segundo momento tratar dos temas desburocratização e qualidade dos serviços públicos.

## 2.1 Conceito e Breve Histórico

Muito embora não constasse o termo “princípio da eficiência” no texto constitucional brasileiro, ainda em 1967 o Decreto-Lei 200, que dispunha sobre a organização da Administração Federal e que estabeleceu importantes diretrizes para a Reforma Administrativa, em seu Artigo 25, inciso III, já utilizava a expressão “eficiência administrativa”. Com o advento da Emenda Constitucional nº 19 promulgada em 04 de junho 1998 (EC 19/98), o Superior Tribunal de Justiça, já perfilhava legalmente esse princípio, quando declarou em diversas ocasiões<sup>3</sup> que “*a atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público*” (MORAES, 2001:303-304).

Segundo Jefferson Aparecido Dias:

---

<sup>3</sup> STJ – 6ª. T. – RMS nº 5.590/95-DF – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Diário da Justiça, Seção I, 10.jun.1996, p. 20.395. Em outras oportunidades, a jurisprudência já se manifestara à respeito da existência do princípio ou objetivo da eficiência na administração pública: STJ – 1ª. T. – RMS nº 7.730/96-RS – Rel. Min. José Delgado, Diário da Justiça, Seção I, 27.out.1997, p. 54.720; STJ – 1ª. T. – RMS nº 628-0/RS – Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Diário da Justiça, Seção I, 18.out.1993 – Ementário STJ, 8/13; STJ – 5ª. T. - nº 1.912-3/MG – Rel. Min. Jesus Costa Lima, Diário da Justiça, Seção I, 14.nov.1994 – Ementário STJ 11/43; STJ – 6ª. T. – RMS nº 5.306-7/ES – Rel. Min. Vicente Leal, Diário da Justiça, Seção I, 4.nov.1996 – Ementário STJ 17/51.

[...] a inclusão do princípio da eficiência no texto constitucional marcou um drástico rompimento com a ordem vigente e representou a adoção de um princípio econômico, e próprio do direito privado, no âmbito do direito público e no núcleo da atuação estatal (DIAS, 2008:27).

Ruy Samuel Espíndola, em seu artigo *Princípios Constitucionais e Atividade Jurídico-Administrativa*, reforça tal entendimento ao afirmar que: “[...] a agilidade, o atendimento hígido e eficaz dos serviços públicos, as demandas de seus cidadãos consumidores, a continuidade e regularidade de sua prestação se refletem nos imperativos otimizatórios do princípio da eficiência” (ESPÍNDOLA, 2003:400).

[...] a EC 19/98, seguindo os passos de algumas legislações estrangeiras, no sentido de pretender garantir maior qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços públicos, passou a proclamar que a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverá obedecer, além dos tradicionais princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, também ao princípio da eficiência (MORAES, 2001:304).

Ainda de acordo com Alexandre de Moraes, no Direito Comparado é possível observar-se, em várias Constituições contemporâneas, a previsão expressa do princípio da eficiência. O Quadro 2.1 – O Direito Comparado e a Constitucionalização do Princípio da Eficiência -, logo adiante, demonstra a existência do princípio da eficiência em vários textos constitucionais, como os da Espanha, das Filipinas e do Suriname.

#### Direito Comparado e o Princípio da Eficiência

Constituição Espanhola de 1978	art. 103 <i>in verbis</i> : “A administração pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com obediência plena à lei e ao Direito.” (COSNTITUCIÓN ESPAÑOLA, 1990 <i>apud</i> MORAES, 2001:304)
Constituição da República das Filipinas de 1986	art. IX, B, seção 3 <i>in verbis</i> : “A Comissão do Serviço Público, na qualidade de órgão central do Governo encarregado do funcionalismo público, estabelecerá um plano de carreira e adotará medidas destinadas a promover a disposição de ânimo, a eficiência, a integridade, a pronta colaboração, o dinamismo e a cortesia no serviço público” e ainda em seu art. XI, seção 1 <i>in verbis</i> : “O serviço público é um compromisso com a causa pública. Os servidores públicos deverão estar sempre prontos a prestar contas ao povo, servi-lo da forma mais responsável possível, íntegra, leal e eficiente possível.” (CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS, 1988 <i>apud</i> MORAES, 2001:304).
Constituição da República do Suriname de 1987	art. 122 <i>in verbis</i> : “[...] compete ao Conselho de Ministros preparar e executar uma política eficiente [...]” (CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS, 1988 <i>apud</i> MORAES, 2001:304).

Quadro 2.1 – O Direito Comparado e a Constitucionalização do Princípio da Eficiência. Fonte: MORAES (2001).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra "*Direito Administrativo*", leciona que o princípio da eficiência age no sentido de impor, ao agente público, uma forma de atuação capaz de produzir resultados propícios à obtenção dos objetivos e fins que competem ao Estado alcançar. Lembra ainda que a eficiência deve ser considerada apenas mais um princípio, que se junta aos outros princípios e que se aplicam à Administração. Não devendo sobrepor-se a nenhum deles, principalmente, ao princípio da legalidade, pois, nesse caso, poder-se-ia correr sérios riscos em relação à segurança jurídica, como também, ameaçar a estabilidade do próprio Estado de Direito (DI PIETRO, 2004).

Ressalte-se a interligação do princípio da eficiência, com os princípios da razoabilidade e da moralidade, pois o administrador deve utilizar-se de critérios razoáveis na realização de sua atividade discricionária [...] deve-se considerar como imoralidade administrativa ineficiência grosseira da ação da administração pública (MORAES, 2001:306).

No Brasil, uma das fontes da inclusão do princípio da eficiência no texto constitucional, foi a Mensagem Presidencial nº 886/95, que, posteriormente, foi transformada na Proposta de Emenda Constitucional nº 173/95 (PEC 173/95). Essa proposta transitou pelas duas casas por três anos para, finalmente, converter-se na EC 19/98, promulgada em 04 de junho de 1998 (BAZILLI, 2003; DI PIETRO, 2004; MORAES, 2001).

Vale ressaltar que a EC 19/98 introduziu várias alterações legais ao texto constitucional, e chega a ser referenciada por vários autores, como o principal alicerce jurídico da Reforma do Estado, ou Reforma Administrativa (termo também utilizado por diversos autores).

A reforma administrativa foi iniciada através da Emenda Constitucional 19/98, que inovou com a criação das agências reguladoras, para desempenharem papel de fiscalização e controle de serviços essenciais de diversos setores da economia, e das agências executivas às quais foram delegadas competências específicas no exercício de atividades e serviços exclusivos do Estado, através de contratos de gestão (DE MORAES, 2008:75).

Em sua obra "*Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*", Roberto Ribeiro Bazilli, aborda as modificações introduzidas pela EC 19/98, dentre elas, têm-se:

i. Organização do Estado e Competência Legislativa da União<sup>4</sup>: A retromencionada emenda introduziu modificações no Título III da CF sobre a competência legislativa privativa da União. Merecem destaques a exclusividade de legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, conforme disposto no inciso XXVII e, a inclusão do princípio da eficiência.

Em respeito aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e, ainda, proibição administrativa, é que a Administração Pública deve adotar a licitação nos contratos em haja responsabilidade do erário público, sendo inválidos todos aqueles que estiverem em desacordo com tais preceitos. Ao contrário dos contratos particulares, em que imperam o consenso e a liberdade na escolha de suas normas. A EC nº 19/1998 não modificou a competência da União na elaboração de normas gerais de licitação, mas modificou a matéria que cuida das licitações e contratos da Administração Pública direta e indireta (BAZILLI, 2003:62).

ii. Subsídios dos agentes políticos nas esferas estadual e municipal<sup>5</sup>: Aqui, o legislador procurou limitar os gastos com pessoal na Administração Pública, que

---

<sup>4</sup> Artigo 1º da EC nº 19/1998 *in verbis*: - Os incisos XIV e XXII do art. 21 e XXVII do art. 22 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação: Art. 21 – Compete à União: XIV – organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio; XXII – executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; Art. 19 – O § 1º e seu inciso III e os §§ 2º e 3º do art. 144 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, inserindo-se no artigo § 9º: Art. 144 § 1º – A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; § 2º – A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. § 3º – A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. § 9º – A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39. Competência legislativa privativa da União – artigo 22 da CF, *in verbis*: Art. 22 – O § 1º do art. 173 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 173, § 1º – A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública; IV – a constituição e funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores (SENADO FEDERAL, 1998:8-9).

<sup>5</sup> Artigo 2º da EC nº 19/98 – Artigos 27, § 2º, 28, §§ 1º e 2º e 29, incisos V e VI, da CF *in verbis*: Art. 2º – O § 2º do art. 27 e os incisos V e VI do art. 29 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, inserindo-se o § 2º no art. 28 e renumerando-se para § 1º o atual parágrafo único: Art. 27... § 2º – O subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembléia

mostra-se como um dos grandes sorvedouros do erário público. Tais gastos, quando bem administrados, podem minimizar a falta de recursos para setores carentes como educação, saúde, transporte e habitação, como ressaltado por José Tarcízio de Almeida Melo, em sua obra *Direito Constitucional do Brasil*.

Constata-se crônica deficiência do serviço público, a começar pela saúde, que carece de maior número de profissionais e de postos de assistência. À segurança pública falta investimento, organização e fiscalização, a fim de evitar o poder paralelo dos criminosos e a corrupção dos encarregados da atividade de segurança. O transporte coletivo é praticado por veículos de má qualidade, não abrange, racionalmente, as incidências mais frequentes de trajeto e não é inteligente para acudir aos piques de demanda. A educação assumiu melhor performance em relação ao analfabetismo, mas requer ampla reformulação para obter qualidade e evitar que a proliferação de estabelecimentos privados piore o desempenho do ensino de terceiro grau. A habitação não tem sido convenientemente resolvida e são atenuadas suas deficiências mediante a urbanização das favelas (ALMEIDA MELO, 2008:592).

No Brasil, tanto os agentes públicos, como os agentes políticos, que são os verdadeiros responsáveis pela Administração Pública, considerando-se não somente o âmbito dos três poderes da União, como também, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; necessitam conscientizar-se que o descontrole dos gastos de custeio, normalmente aliados a investimentos mal planejados e executados, terminam por postergar e, até mesmo, inviabilizar novos investimentos governamentais de importância estratégica para o desenvolvimento do país, e para a melhoria das condições de vida da população.

Acrescentado pela EC nº 19/1998, o subsídio, definido no artigo 39, § 4º, da CF, também modificado, veio para definir o sistema de remuneração dos agentes políticos, ou seja, dos detentores de mandato político, dos membros de poder (magistrados, Ministros e secretários de Estado e de Municípios), dos membros dos Tribunais de Contas, dos membros do Ministério Público Federal ou Estadual, dos membros dos órgãos procuratórios da União, dos Estados e do Distrito Federal, dos membros das Defensorias Públicas (da União e dos Estados) e dos servidores policiais

---

Legislativa, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I. Art. 28 ... § 1º – Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na Administração Pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V. § 2º – Os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I. Art. 29 - ... V – subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, 1; VI – subsídio dos Vereadores fixado por lei de iniciativa da Câmara Municipal, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Estaduais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I; (SENADO FEDERAL, 1998:8-9).

civis ou militares; todos são tidos como agentes políticos [...] (BAZILLI, 2003:70).

Em relação ao princípio da eficiência, Alexandre de Moraes, ensina que é possível verificar-se, pelo menos, oito grandes características relacionadas a este princípio, são elas: i) direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum; ii) imparcialidade; iii) neutralidade; iv) transparência; v) participação e aproximação dos serviços públicos da população; vi) eficácia; vii) desburocratização e, finalmente, viii) busca da qualidade (MORAES, 2001:307-311).

Nos tópicos seguintes deste capítulo serão abordadas tais características e relacionamentos, tendo em mente, que elas não sejam pura e simplesmente imunes aos quase sempre exaltados debates e juízos de valor a que todos estamos sujeitos.

## **2.2 O Princípio da Eficiência e o Direcionamento da Atividade e dos Serviços Públicos à Efetividade do Bem Comum**

Nesta relação, encontra-se, a integração do princípio da eficiência com um dos principais fundamentos constitucionais, a promoção do bem de todos, como prescreve o inciso IV do art. 3º do Título I da CF de 1988<sup>6</sup>. Este fundamento representa um dos alicerces conceituais da República Federativa do Brasil. Alexandre de Moraes ensina que, nesse caso, o legislador buscou a promoção do bem de todos, independentemente, de quaisquer preconceitos.

[...] de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ressalte-se que ao legislador ordinário e ao intérprete, em especial às autoridades públicas dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo e da Instituição do Ministério Público, esse objetivo fundamental deverá servir como vetor de interpretação, seja na edição de leis ou atos normativos, seja em suas aplicações [...] (MORAES, 2001:307).

Em outras palavras, isso também significa a promoção do bem comum, pois é possível se pensar no bem de todos como sendo o bem comum, ou, ainda, como o bem-estar econômico<sup>7</sup> e o bem-estar social<sup>8</sup>, promoção essa que se revela como um

---

<sup>6</sup> Título I, Art. 3º, inciso IV *in verbis*: - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (SENADO FEDERAL, 1998:5).

<sup>7</sup> A teoria econômica do bem-estar considera que processo de escolha entre opções políticas mutuamente excludentes, os juízos de valor são inescapáveis. A teoria econômica do bem-estar é a análise dos juízos de valor no contexto de tomadas de decisão econômicas. Na gestão de uma economia, é preciso fazer escolhas o tempo todo. É natural, portanto, tentar garantir que essas escolhas se originem do mesmo e consistente conjunto de juízos a respeito de valores ou critérios do

verdadeiro desafio político, econômico e jurídico, como lecionam Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco ao analisarem as dificuldades da interpretação constitucional e os direitos sociais:

Diante desse quadro, em que pesem o idealismo e o entusiasmo dos que se batem pela causa dessa geração de direitos, a ponto de afirmarem que “a interpretação dos direitos sociais não é uma questão de lógica, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo”, a despeito desse generoso engajamento, forçoso é reconhecer que a efetivação desses direitos não depende da vontade dos juristas, porque, substancialmente, está ligada a fatores de ordem material, de todo alheios à normatividade jurídica e, portanto, insuscetíveis de se transformarem em coisas por obra e graça das nossas palavras (MENDES; COELHO E BRANCO, 2007:676).

É preciso considerar que existem limitações, tanto econômicas como sociais, por parte de qualquer Estado. E, ainda, que o suprimento de certas necessidades, às expensas do erário público – saúde, educação, segurança, transporte, etc. -, embora possam desempenhar um papel relevante em apoiar e sustentar os cidadãos; não se deve desencorajar a autoconfiança, ou mesmo, obstaculizar o suprimento ou a responsabilidade individual de cada indivíduo (OUTHWAITE E BOTTOMORE, 1996).

E ainda que apesar de todas essas dificuldades, faz-se necessário positivar tais direitos no texto constitucional. Nesse sentido, Alexandre de Moraes cita os exemplos das Constituições do Estado de São Paulo e do Estado da Bahia, que já utilizavam expressamente o fundamento dos termos “*interesse público*” e, do “*servir a sociedade que lhe custeia*” (art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo e art. 13 da Constituição do Estado da Bahia, respectivamente), como uma imbricação do princípio da eficiência com a efetividade do bem comum. (MORAES, 2001:307-308).

---

bem-estar social. Durante a maior parte do século XX o critério de bem-estar a que a economia deu preferência foi o relacionado com a teoria de Pareto. Para a sociedade, uma melhora de Pareto é uma mudança que deixa todo mundo tão bem quanto antes e uma ou mais pessoas na verdade em melhor situação. Uma condição Pareto-ótima é aquela a partir da qual não há mais melhoras de Pareto possíveis. (OUTHWAITE E BOTTOMORE, 1996:42).

<sup>8</sup> Bem-estar social é uma expressão que define o bem-estar da sociedade como um todo. Como tal, é um conceito que assume (ainda que fragilmente) a possibilidade de se medir o bem-estar pessoal, de se compararem escalas individuais de bem-estar e de se estabelecerem as relações entre essas escalas individuais (comparáveis) e a soma de bem-estar da sociedade como um todo [...] (OUTHWAITE E BOTTOMORE, 1996:42).

### 2.3 O Princípio da Eficiência e a Tríade Imparcialidade, Neutralidade e Transparência.

Poder-se-ia considerar, predominantemente utópica, a afirmação de Alexandre de Moraes, acerca do significado do termo imparcialidade para a Administração Pública?

[...] é independência; independência perante os interesses privados, individuais ou de grupo; independência perante os interesses partidários; independência, por último, perante os concretos interesses políticos do Governo [...] (MORAES, 2001:308).

Em Filosofia Moral, uma das fontes do Direito, o significado do termo imparcialidade, é considerado como um dos conceitos mais polêmicos e complexos e, até os dias atuais, não parece haver um forte consenso, entre os filósofos, em torno das teorias que tentam explicar o fenômeno da imparcialidade, segundo os ensinamentos de Monique Canto-Sperber, organizadora da obra *“Dicionário de Ética e Filosofia Moral”*.

O termo “imparcialidade” parece remeter a duas ideias muito diferentes, ao menos em filosofia moral. 1) A imparcialidade é uma espécie de perspectiva ou de ponto de vista a que temos acesso quando nos separamos de nossos interesses, envolvimento, sentimentos, relações pessoais. Esse ponto de vista é dito “neutro”, “objetivo”, “universal” ou de “nenhuma parte”, de acordo com as teorias. 2) A imparcialidade é um princípio moral substancial que diz que é preciso dar uma igual consideração aos interesses, às preferências ou à dignidade de cada um, de acordo com as teorias (CANTO-SPERBER, 2007:789).

Tais ideias são alicerçadas por duas teorias filosóficas distintas, a primeira delas pressupõe a existência do *“expectador imparcial”* e apoia-se nas teorias do sentimento moral. O *“expectador imparcial”* é considerado uma espécie de personagem ideal pelos teóricos do sentimento moral. Essa teoria se aproxima do modelo prescrito acima, por Alexandre de Moraes, para a Administração Pública.

[...] uma teoria que afirma a possibilidade de uma “formação progressiva dos sentimentos”, assistida pela reflexão racional (mas não dirigida por esta última). A ideia é que temos sentimentos de simpatia naturais, fortes e espontâneos. Mas eles tendem a levar em conta, primeiro, os interesses de nossos pais, de nossa comunidade de pertença, antes que os de pessoas estranhas [...] (CANTO-SPERBER, 2007:789).

Colocado desta forma, o indivíduo, para superar tal ponto de vista, que é, ao mesmo tempo, subjetivo e parcial, necessita modificar-se ao ponto de transformar

tais sentimentos de simpatias naturais, fortes e espontâneas, em sentimentos calmos. Essa transformação se dá, muitas vezes, por meio da razão, na medida em que ela proporciona distanciamento dos assuntos sentimentais e emocionais tão comuns aos seres humanos. A razão age como força motriz para termos o cuidado de realizarmos julgamentos bem informados; substituindo, paulatinamente, os sentimentos de simpatia imediatos, e o seu caráter passional, por um sentimento de benevolência, que torna-se, gradativamente, estável e universal, em relação a todos os indivíduos.

A passagem da perspectiva subjetiva ou parcial à da benevolência universal requer todo tipo de esforços racionais. São eles justificados? Eles o são na medida em que a moralidade é importante (ou “útil”), pois o ponto de vista do espectador imparcial não é senão o ponto de vista moral. A questão de saber se, nessa perspectiva, adotaríamos necessariamente princípios imparciais não se coloca. A teoria supõe apenas que, colocados numa perspectiva imparcial, teremos atitudes imparciais, isto é, um sentimento de benevolência universal e estável, e não parcial e variável (CANTO-SPERBER, 2007:789).

Em relação à segunda teoria, defendida pelos filósofos da tradição racionalista da Filosofia Moral, existe uma gama de propostas de adoção de vários métodos de acesso diferentes, para que se alcance o ponto de vista imparcial, dentre eles: reversibilidade, universabilidade, véu de ignorância, objetividade. O primeiro método prescrito pelos racionalistas é fundamentado na denominada “*Regra de Ouro*” que diz: - Aja em relação ao outro da mesma forma como você gostaria que agissem em relação a ti. Na verdade, este método é um tipo de “*teste de reversibilidade*”, em que somos obrigados a nos colocar na situação hipotética de objeto e não de sujeito, da ação a ser analisada.

O segundo método, o da universabilidade ou universalização, encontra seus fundamentos tanto no pensamento kantiano como no utilitarismo<sup>9</sup>. Prescreve que

---

<sup>9</sup> A versão clássica do utilitarismo como exposta originalmente por Jeremy Bentham e Johan Stuart Mill, era uma forma de utilitarismo do ato (*act utilitarianism*), de acordo com a qual um ato é correto se produz as melhores consequências para o bem-estar humano que sejam, pelo menos, tão boas quanto as de qualquer alternativa. Embora os críticos, com frequência, ainda se concentrem nessa versão de utilitarismo, outras versões têm sido dela distinguidas, com o utilitarismo da regra (*rule utilitarianism*), a generalização utilitária, o utilitarismo de motivo e o utilitarismo cooperativo [...] De fato, “utilitarismo” é o nome de um grupo de teorias que constituem variações sobre um tema, do qual podemos distinguir três componentes. Componente consequência [...] a retidão está vinculada de algum modo à produção de boas consequências. À noção de que só as consequências tornam os atos certos ou errados dá-se o nome de consequencialismo; é o componente consequência do utilitarismo do ato e pode, neste contexto, ser tratado como a noção de que um ato é correto se acarreta melhores consequências [...] Componente de valor [...] o caráter benévolo ou malévolos das consequências será avaliado por algum padrão de bondade intrínseca, cuja presença no mundo tem que ser maximizada [...] Componente de alcance [...] o que tem de ser levado em conta na determinação da retidão são as consequências de atos que afetam a todos. A menos que as

qualquer agente deve realizar a seguinte pergunta para si mesmo: - E se todos os indivíduos fizessem a mesma coisa? Para que o agente questione e se coloque numa situação hipotética em que os demais membros da sociedade agissem da forma como você propõe (CANTO-SPERBER, 2007).

O terceiro método é denominado de “*véu de ignorância*”, e recomenda para que o agente se coloque numa situação hipotética, em que atuaria como um contratante interessado em estabelecer um acordo relativo aos princípios, que deveriam ser utilizados para a organização de base de uma sociedade. Infere também que para que se alcance um padrão equitativo, nenhum dos participantes poderia conhecer qual o seu verdadeiro lugar nesta sociedade hipotética, muito menos sua classe, ou mesmo seu *status* social, seus dons e habilidades pessoais, seu nível intelectual e cultural. Em outras palavras, os participantes, deveriam ser colocados sob um “*véu de ignorância*” para que se atingisse um resultado equitativo (CANTO-SPERBER, 2007).

Assim, é possível ter uma vaga ideia do desafio hercúleo, dos agentes públicos, responsáveis pela Administração Pública e, pelo próprio Estado, em atingir um razoável grau de imparcialidade, em um país como o nosso, em que as raízes do patrimonialismo e do clientelismo ainda são tão perceptíveis (vide Capítulo 1 – O Estado e a Sociedade), e como bem lembram Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, em sua obra “*Curso de Direito Constitucional*”.

Nos Estados burocrático-cartoriais, o princípio da eficiência configura um brado de alerta, uma advertência mesmo, contra os vícios da máquina administrativa, sabidamente tendente a privilegiar-se, na medida em que sobrevaloriza os meios, em que, afinal, ela consiste, sacrificando os fins, em razão e a serviço dos quais vem a ser instituída (MENDES, COELHO E BRANCO, 2007:788).

A relação entre o princípio da eficiência com a neutralidade pode ser entendida como uma expansão da imparcialidade, que evolui dos agentes públicos, numa forma sinérgica, para o nível do Estado, como um todo harmônico e justo.

[...] há um outro plano de sentido em que se fala de neutralidade do Estado: o de Justiça [...]. Nesse sentido o Estado é neutro se, na resolução de qualquer conflito de interesse, assume uma posição valorativa de

---

consequências de um ato possam ser suprimidas, a classe de todos os afetados pelo ato, uma vez que as consequências se prolongam no futuro, parece expandir-se constantemente, com possível efeito sobre a retidão [...] (OUTHWAITE E BOTTOMORE, 1996:785-787).

simultânea e igual consideração de todos os interesses em presença. A neutralidade não impõe aqui ao Estado atitudes de abstenção, mas mais propriamente atitudes de isenção na valoração de interesses em conflito. O Estado é neutro quando faz vingar a Justiça e estabelece regras do jogo justas (MACHADO, 1982:145 *apud* MORAES, 2001:308).

Novamente, aqui, um ideal do tipo platônico<sup>10</sup> é colocado. Nesse ponto, vale uma reflexão, por analogia, das afirmações de Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer, organizadores da obra *“Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas”*, quando tratam da importância da retórica jurídica, e de sua utilização por parte dos juízes, que deveriam ser, em última instância, os reais guardiões da neutralidade.

[...] Aí se mostra quão importante é o papel da produção de ordens, estruturas e relações de dedução precisamente no direito. Já na Antiguidade, o jurista era o homem que trazia ordem ao mundo, socorrendo-se exclusivamente de meios linguísticos. Ele procedia de forma sistemática. Ele estabelecia sequências. Indicava conceitos abstratos e resumia o caso com base neles. Analisava as alternativas de decisão. Escolhia os argumentos e determinava as suas posições relativas. Produzia relações de dedução. Apontava vias para chegar à decisão. Ponderava. Decidia. Criava ordem, ali onde outros apenas viam um caos. O jurista não sabia deste caos mais do que os outros. Sabia, porém, criar ordem, não resolvendo assim o conflito, mas decidindo-o e dando-lhe um fim através de um compromisso o mais sustentável possível [...]. (KAUFMANN E HASSEMER, 2009:325).

A asserção *“o mais sustentável possível”* nos conduz à mesma linha de argumentação proferida por Hans Kelsen, no seu livro *“Teoria geral do direito e do Estado”*, ao afirmar que: *“libertar o conceito de Direito da ideia de justiça é difícil porque ambos são constantemente confundidos [...] porque essa confusão corresponde à tendência ideológica de dar aparência de justiça ao Direito Positivo”* (KELSEN, 2005:8).

Em outras palavras, analogamente, poder-se-ia considerar o Estado eficiente, imparcial e neutro como aquele capaz de estabelecer, simplesmente, por meio de um sistema de normas, ou ainda, do direito positivo, *“regras do jogo justas”* como

---

<sup>10</sup> Na visão de Canto-Sperber (2007:342-343): [...] O bem humano, com o qual se relaciona a virtude, indica uma maneira de ser intensa, que consiste na harmonia estabelecida na alma entre seus diferentes componentes e suas diferentes funções. Sócrates foi o primeiro a formular esta ideia de que uma ação virtuosa presume-se justificar a si mesma pelo bem que ela faz à alma do agente. Não é jamais melhor nem vantajoso para o agente se comportar sem justiça, porque isso seria agir de maneira vergonhosa, de uma maneira que seria intrinsecamente feia e faria mal real à melhor parte do homem, ou seja, à sua alma. Como ninguém quer infligir um mal a si mesmo, ninguém pode querer cometer a injustiça. Ao contrário, o fato de sofrer uma injustiça jamais prejudicará a alma de um homem justo [...]. Se o mal próprio à alma humana é a injustiça, a justiça é o bem intrínseco da alma em razão da ordem que ela instaura nela e independentemente das vantagens ou da felicidade que ela possa proporcionar.

numa relação Pareto-ótima, muito utilizada pelas ciências econômicas. Numa espécie de conjunção perfeita entre o utilitarismo do ato e o utilitarismo da regra, conforme anteriormente descrito segundo a visão de William Outhwaite e Tom Bottomore, em sua obra “*Dicionário do Pensamento Social do Século XX*” (vide notas de rodapé números 7, 8 e 9 deste capítulo).

Finalizando a tríade, tratar-se-á agora da desejável interação entre o princípio da eficiência e a transparência.

O princípio da eficiência da administração pública pretende o combate à ineficiência formal, inclusive com condutas positivas contra a prática de subornos, corrupção e tráfico de influência. Essa transparência, no intuito de garantir maior eficiência à administração pública, deve ser observada na indicação, nomeação e manutenção de cargos e funções públicas, exigindo-se, portanto, a observância tão somente de fatores objetivos como mérito funcional e competência, vislumbrando-se a eficiência da prestação de serviços, e, conseqüentemente, afastando-se qualquer favorecimento ou discriminação (MORAES, 2001:309).

A transparência, além de ser um ideal a ser perseguido, diuturnamente, pela Administração Pública, também se encontra positivada na norma constitucional brasileira. Assim, o legislador procurou incluir no sistema de normas, sistemas de controle sobre todas as atividades do Estado, tendo em mente que a Administração Pública deve reger-se pelo princípio da publicidade conforme previsto no artigo 37 da Constituição. A instituição do controle pode ser verificado quando nos debruçamos sob o artigo 70, parágrafo único da Constituição.<sup>11</sup> É função, determinada pelo texto constitucional, do Tribunal de Contas da União, a fiscalização direta da atuação da Administração Pública federal.

No arcabouço jurídico nacional também merecem destaque, tanto a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), como a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que obriga a Administração Pública a divulgar: Quadros de pessoal, Estrutura remuneratória, Listagem de servidores e autoridades, Relação de terceirizados, Relatório de atividades, Relatórios de gestão,

---

<sup>11</sup> Artigo 70 da CF *in verbis*: A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária (SENADO FEDERAL, 1998:18).

Relatórios de gestão fiscal, Execução orçamentária e financeira, Projetos de grande vulto, Licitações e contratos e Contas, dentre outras.

## **2.4 O Princípio da Eficiência e a Participação e Aproximação dos Serviços Públicos da População**

A cada dia, a sociedade tende a exigir do Estado, maior celeridade e simplicidade, como também, efetividade e eficiência na consecução de utilidades para o cidadão. Para tanto, faz-se necessário o aperfeiçoamento dos mecanismos regulatórios da conduta pública e privada, da vigilância constante em relação aos constantes abusos praticados pelo mercado, e, também, e não menos importante, no controle dos recursos públicos, como lecionam diversos autores (CARVALHO FILHO, 2007; DI PIETRO, 2004; FARIA, 2007; FREIRE, 2002; MEIRELLES, 2009).

Portanto, é preciso investigar e analisar como a legislação nacional, procurou contemplar a participação e a aproximação dos serviços públicos prestados pelo Estado, nos sistema de normas jurídicas. Porém, faz-se necessário, primeiramente, discorrer um pouco mais sob a acepção do termo participação, segundo a visão sociológica fornecida por William Outhwaite e Tom Bottomore.

Participação é um conceito ambíguo nas ciências sociais, participação pode ter um significado forte e fraco. No primeiro, significa que, em virtude das dimensões e da complexidade das sociedades de massa contemporâneas, da centralização do poder político, do crescimento da burocracia e da concentração do poder econômico, as garantias tradicionais da democracia precisam ser fortalecidas, protegidas e ampliadas a fim de contrabalançar a tendência para um número cada vez maior de decisões a serem tomadas por pequenos grupos e que afetam a vida das pessoas; esses grupos são frequentemente remotos e não facilmente identificáveis ou responsabilizados, uma vez que atuam em nome do estado, de uma autoridade local ou de alguma grande empresa comercial ou industrial. Nesse sentido, e no que diz respeito à política, o princípio da participação é tão antigo quanto a própria democracia, mas se tornou imensamente mais difícil em consequência da escala e abrangência do governo moderno, bem como pela necessidade de decisões precisas e rápidas – cuja omissão é motivo de protesto por parte dos que exigem maior participação [...] (OUTHWAITE E BOTTOMORE, 1996:558).

Por outro lado, a participação e aproximação dos serviços públicos, por parte dos cidadãos interessados, não deve ser utilizada como mecanismo de deslocamento do poder de decisão, principalmente, para as mãos de quaisquer grupos de interesses fortes, em detrimento da participação de outros grupos com

menor força associativa, sob pena de se fomentar formas antidemocráticas de comportamento (MORAES, 2001).

[...] deverá existir participação e aproximação dos serviços públicos da população dos interessados na gestão efetiva dos serviços administrativos, de acordo com o princípio da gestão participativa [...] A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe na nova redação do § 3º do art. 37<sup>12</sup> a previsão de que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta [...] (MORAES, 2001:309).

Paulo Modesto, em seu artigo intitulado “*Notas para um debate sobre o princípio da Eficiência*”, lembra que:

O princípio constitucional da eficiência é um princípio instrumental, como todos os princípios da administração pública. Nenhum princípio de direito administrativo tem valor substancial auto suficiente. Integra-se com os demais princípios, não podendo sobrepor-se a eles ou infirmar-lhes a validade [...] Os princípios são normas que exigem ponderação, concordância prática, aplicação tópica, complementação [...] (MODESTO, 2000:112).

Dessa forma, ainda de acordo com este autor, é preciso ter em mente, que o princípio da eficiência, como todos os demais princípios do Direito, não encerra em si um caráter absoluto, mas sim uma capacidade de emanar efeitos em quatro dimensões (ordenadora, hermenêutica, limitativa e diretiva). Tem-se então que o princípio da eficiência possa agir como um norteador da Administração Pública em busca da eficácia, da desburocratização e da qualidade. Temas que encontram-se descritos no tópico a seguir.

## **2.5 O Princípio da Eficiência e a Busca pela Eficácia, pela Desburocratização e pela Qualidade.**

Tendo em mente o processo evolutivo das sociedades Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer afirmam que:

O sistema de eficácia no microdomínio e no macrodomínio de uma sociedade representa um círculo ou uma espiral interativa (no sentido de uma evolução de tipo histórico), remetendo, deste modo, permanentemente para a relação entre o direito e a realidade social, entre o saber jurídico e as ciências sociais (KAUFMANN E HASSEMER, 2009:488).

---

<sup>12</sup> § 3º do art. 37 da CF *in verbis*: A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (SENADO FEDERAL, 1998:13).

Pressupõe-se assim, que as experiências e conhecimentos acumulados por meio de séculos de socialização, foram capazes de redesenhar os sistemas de normas de ação, criando, em seus conteúdos, metamorfoses nos modelos de interação, bem como, novos problemas em relação à forma de agir dos indivíduos e do próprio Estado. Dessa forma, paulatinamente, ao longo do processo histórico, originou-se uma nova reestruturação da base conhecimentos e interinfluências sempre presentes nas sociedades (KAUFMANN E HASSEMER, 2009).

Este processo de interinfluências é produzido (1) pela relação entre a realidade social e o conhecimento que os membros da sociedade têm sobre essa relação, (2) pelas ações influenciadas por esse conhecimento e (3) pelos novos acontecimentos causados, por sua vez, pelas interações anteriores (KAUFMANN E HASSEMER, 2009:488).

Em outras palavras, e tendo em mente as possibilidades resultantes desses processos de interinfluências, é necessário, primeiramente, que se trace uma linha conceitual divisória, para clarificar algumas das diversas acepções que certos termos podem adquirir para ciências distintas como o Direito, a Sociologia, e para as ciências administrativas e econômicas. Dentre tais termos, encontram-se a eficiência<sup>13</sup> e a eficácia<sup>14</sup>.

Segundo Paulo Modesto que considera uma visão *lato sensu*, oriunda da doutrina do Direito Administrativo, e que está mais relacionada com eficiência, eficácia e, até mesmo, efetividade<sup>15</sup> (acepções comumente utilizadas pelas ciências administrativas e econômicas) das ações realizadas nos serviços públicos:

---

<sup>13</sup> Eficiência é poder, capacidade de uma causa produzir um efeito real. Qualidade ou estado de ser efetivo; efetividade. Virtude ou característica de (uma pessoa, um maquinismo, uma técnica, um empreendimento etc.) conseguir o melhor rendimento com o mínimo de erros e/ou de dispêndio de energia, tempo, dinheiro ou meios. Produtividade econômica; rendimento. Fato de (uma pessoa, um objeto) ser apropriado ou ideal para determinada função, operação, objetivo etc. Trabalho ou atuação realizados com pouco ou nenhum esforço perdido. Qualidade ou característica de quem ou do que, num nível operacional, cumpre as suas obrigações e funções quanto a normas e padrões. Medida da significação da estimativa de um parâmetro, a qual se obtém com base em uma amostra e que é igual ao quociente de variância da estimativa pela variância de um estimador de eficiência máxima. Relação entre o rendimento e o esforço (experiência subjetiva; intensificação da atividade mental). Etimologicamente do latim *efficientia,ae* 'faculdade de produzir um efeito; virtude, propriedade, 'ação', prov. sob o influxo do ing. *efficiency* (1633); o fr. *efficience* é de 1893 [...] (HOUAISS, 2007).

<sup>14</sup> Eficácia significa virtude ou poder de (uma causa) produzir determinado efeito; qualidade ou caráter do que é eficaz. Segurança de um bom resultado; validade, atividade, infalibilidade, poder de persuasão. Efeito útil. Qualidade de quem ou do que tem uma ação eficaz; capacidade, produtividade. Real produção de efeitos. Qualidade ou característica de quem ou do que, num nível de chefia, de planejamento, chega realmente à consecução de um objetivo. Etimologicamente do latim *efficacia,ae* 'poder, virtude, eficácia' (HOUAISS, 2007).

<sup>15</sup> Efetividade é o caráter, virtude ou qualidade do que é efetivo. Faculdade de produzir um efeito real. Capacidade de produzir o seu efeito habitual, de funcionar normalmente. Capacidade de atingir o seu

A eficácia relaciona, de uma parte, resultados possíveis ou reais da atividade e, de outro, os objetivos pretendidos. A eficiência pressupõe a eficácia do agir administrativo, mas não se limita a isto. A eficácia é, juridicamente, um *prius* da eficiência (MODESTO, 2000:112).

Para Alexandre de Moraes, que utiliza a ótica do Direito Constitucional, existem dois tipos de eficácia a serem considerados pela Administração Pública. Em primeiro lugar, trata-se da eficácia material da administração, traduzida tanto por meio do ato de suas competências ordinárias, como também, pelo correto cumprimento dos seus objetivos por parte dos agentes públicos (agentes políticos, servidores públicos e agentes delegados).

O segundo tipo de eficácia, é a denominada eficácia formal da administração. “É a que se verifica no curso de um procedimento administrativo, ante a obrigatoriedade do impulso ou resposta do ente administrativo a uma petição formulada por um dos administrados [...]” (MORAES, 2001:309).

Assim, a lei necessita dotar a administração, dentro dos limites constitucionais, da liberdade necessária para o eficaz desempenho de sua vasta gama de tarefas, muitas delas, inclusive, envolvendo um alto grau de complexidade e responsabilidade, como por exemplo, a defesa do território, o estado de guerra, a gestão do sistema financeiro e dos meios de pagamento etc.

A eficácia da Administração Pública, também pode ser analisada por meio do conceito de ato administrativo<sup>16</sup>. Considerando-se, nessa acepção, a visão (*stricto sensu*) do termo eficácia para o Direito<sup>17</sup> e o ordenamento jurídico. Pois, o ato administrativo, é uma das espécies de ato jurídico. Para Isaias Fonseca Moraes,

---

objetivo real. Realidade verificável; existência real; incontestabilidade. Disponibilidade real. Possibilidade de ser utilizado para um fim. Em administração é a qualidade do que atinge os seus objetivos estratégicos, institucionais, de formação de imagem etc. Na acepção militar, efetividade, é uma situação de serviço ativo, prestado numa unidade ou estabelecimento militar (HOUAISS, 2007).

<sup>16</sup> Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da administração pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir; resguardar; transferir, modificar; extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria. (MEIRELLES, 2009:157)

<sup>17</sup> [...] A eficácia da ordem jurídica como um todo é uma condição necessária para a validade de cada norma individual da ordem. Uma *conditio sine qua non*, mas não uma *conditio per quam*. A eficácia da ordem jurídica total é uma condição, não um fundamento, para a validade de suas normas constituintes. Essas normas são válidas não porque a ordem total é eficaz, mas porque elas são criadas de uma maneira constitucional. Elas são válidas, porém, apenas sob a condição de que a ordem total seja eficaz; elas deixam de ser válidas não apenas quando anuladas de maneira constitucional, mas também quando a ordem total deixa de ser eficaz. Em termos jurídicos, não se pode sustentar que os homens devam se conduzir em conformidade com certa norma, se a ordem jurídica total, da qual essa norma é parte integrante, perdeu sua eficácia. O princípio de legitimidade é restrito pelo princípio de eficácia [...] (KELSEN, 2005:174).

autor da obra “*Manual de Direito Administrativo*”, a eficácia dos atos administrativos pode ser imediata ou condicionada.

Atos de eficácia imediata são aqueles que produzem efeitos assim que são proferidos, independente da prática de qualquer outro ato ou condição. Por exemplo, um alvará de construção, depois de sua expedição, estará revestido com os elementos essenciais (competência, objeto, forma, motivo e finalidade), apto, portanto, para produzir efeitos imediatos. Já os atos de eficácia condicionada, são aqueles cuja eficácia depende da prática de outro ato ou condição especial. Não ocorrendo a condição, o ato não produzirá os efeitos desejáveis. É o caso da lei que, embora revestida com os elementos essenciais, devidamente aprovada, sancionada e promulgada, somente produzirá efeitos após a publicação e, conforme o caso, após a *vacatio legis* [...] (DE MORAES, 2008:96-97).

Analisado por este prisma, todo ato administrativo que é revestido pelos requisitos de validade, é, portanto eficaz, independentemente de, poder ser considerado eficiente ou, até mesmo, efetivo, considerando-se o sentido *lato* descrito anteriormente.

Em relação às ligações entre o princípio da eficiência e a busca pela desburocratização, Roberto Ribeiro Bazilli lembra que:

Caracteriza-se esse novo Estado – subsidiário – pela diminuição de seu tamanho; pela privatização das entidades estatais não comprometidas na realização das atividades típicas do Estado; pelo prestígio da liberdade econômica e da livre concorrência; pela extinção dos monopólios; pela descentralização das atividades do Estado ainda que típicas; pela agilidade e eficiência da máquina estatal, inclusive com novos modelos gerenciais; pela parceria com a sociedade civil; pela participação do cidadão na Administração Pública, em especial no controle da qualidade dos serviços prestados etc. (BAZILLI, 2003:18-19).

São anseios legítimos das sociedades contemporâneas, que buscam melhorias constantes dos serviços públicos e privados.

O Quadro 2.2 – Vantagens e Críticas aos Modelos Racionais, logo adiante, descreve as principais razões e críticas aos modelos da organização científica do trabalho<sup>18</sup>, tais como preconizados por Frederick Taylor (*taylorismo*) e Max Weber (modelo racional-burocrático).

---

<sup>18</sup> “A organização científica do trabalho defendida por Taylor repousa em uma análise científica dos tempos, dos gestos, das pausas, de tal maneira que em troca de uma soma de dinheiro por hora, ou por peça, considerada estimulante, chega-se a uma produtividade máxima do operário. Quanto mais complexa for a tarefa, mais será preciso analisar os fatores técnicos, psicológicos e econômicos do sucesso. No final das contas, se está em medida de descrever um modo operatório considerado o melhor: o *one best way* que será traduzido em gamas ou em sequências de operações a realizar sucessivamente, num tempo organizado para cada um, de tal maneira que o ciclo operatório seja perfeitamente previsível. Esta análise científica dos modos operatórios leva a decompor ao máximo as operações inerentes a uma tarefa. Chega-se a diminuir o ciclo operatório fragmentando as tarefas

---

### Vantagens

É a ciência que substitui a intuição, o arbítrio ou as referências analógicas e por isso parcialmente inadaptadas à produção econômica. Graças a um método de análise, é possível encontrar as soluções para os problemas de organização, justificá-los e até corrigi-los em função das circunstâncias.

É a ideia de competência que se instalou no lugar do conhecimento mais ou menos secreto do mundo artesanal. A organização científica do trabalho se apresenta como um esforço gigantesco para situar as competências técnicas nos melhores locais.

É a formulação de regras formais a propósito das tarefas, das funções e das responsabilidades que permitem tornar, ao máximo, impessoais as relações de trabalho à medida que cada um pode referir-se à regra escrita para saber o que deve fazer, em tais circunstâncias, e como o outro poderá intervir. Boas regras dão um bom jogo, dizem as crianças; na organização racionalizada, deveria ser igual para a produção.

Em relação à maneira de abordar a regra, mas a propósito da mudança. Com efeito, quanto mais as ordens de trabalho e as estruturas de organização forem formalizadas, mais será possível mudar certas partes para levar em conta as mudanças. Inversamente, se poderia dizer que quanto mais uma sociedade permanecer oral, mais será preciso destacar e repetir a mesma tradição para dispor pelo menos de uma estrutura, o que impede que ela responda facilmente à mudança.

Um modelo de organização fortemente racionalizador é mais facilmente transponível de uma indústria a outra; seu caráter formal permite que se instale por toda parte a mesma estrutura e assim as comunicações sejam facilitadas.

### Críticas

Só é possível falar de racionalidade limitada, mas não absoluta. A virtude da impessoalidade acarreta, por outro lado, um empobrecimento considerável do conhecimento da realidade humana do trabalho: feita também de grupos, de conflitos, de valores profissionais, de corporativismo<sup>19</sup> e de identidades coletivas muito complexas.

Do ponto de vista econômico, os modelos racionais são essencialmente censurados por forçar muito a especialização da definição formal das tarefas e a fraca possibilidade de mudança oferecida à grande maioria dos trabalhadores de base, que passam a vida inteira numa extrema divisão do trabalho e das responsabilidades entre, por um lado, os que executam as tarefas monótonas e repetitivas de trabalhadores especializados e de empregados e, por outro lado, os engenheiros técnicos e os quadros encarregados de funções mais ricas de concepção, de criatividade e de controle. Os ergônomos mostram que demasiadas especialização e repetitividade do trabalho em série levam a graves deteriorações mentais ou psíquicas. Em definitivo, sublinham o efeito contraproducente de um excesso de racionalização formal.

A crítica política é alicerçada em dois pontos. De um lado, os sindicatos e os defensores do pessoal são excluídos do organograma. Como se tais entes não fossem portadores de projetos alternativos e de contrapoder necessários para a própria vida do sistema social da empresa e da sociedade. O segundo ponto refere-se à divisão extrema do trabalho entre os planejadores e os executores, que não só cria uma nova alienação dos tempos modernos mas, além disso, abre uma contradição crescente com as capacidades intelectuais, profissionais e escolares adquiridas durante o tempo livre de uma sociedade avançada. A organização científica do trabalho defendida pelo *taylorismo* e a burocracia weberiana aparentemente fundamentadas na ciência servem de fato a ideologias não igualitárias de grupos de quadros e de tecnocratas no poder nas estruturas econômicas e mostram a que ponto o luxo de estruturas funcionais postas em ação na prática concreta das organizações contemporâneas estão longe de ser justificadas pelas necessidades econômicas e técnicas da organização racional.

**Quadro 2.2 – Vantagens e Críticas aos Modelos Racionais. FONTE: SAINSAULIEU E KIRSCHNER (2006:82-85).**

O referido quadro elenca algumas das principais vantagens e, também, as respectivas críticas que hoje se fazem a esses modelos predominantemente racionais, e que foram desenvolvidos, principalmente, a partir do século XVIII, época em que o pensamento econômico de Adam Smith e David Ricardo, serviu como um

---

para obter uma adaptação sempre melhor do trabalhador sempre mais concentrado em uma especialidade limitada [...]” (SAINSAULIEU E KIRSCHNER, 2006:73-74).

<sup>19</sup> O corporativismo, pejorativamente tratado como instrumento odioso de privilégios e de interesses, tem a função de polarizar os elementos produtivos e organizá-los reciprocamente, coibindo as aventuras da livre concorrência e os prejuízos que o Estado sofre sob a pressão dos interesses políticos e eleitorais. O que importa é que a organização corporativa não sacrifique as outras corporações ou constitua atentado ao bem comum. Mas, pode ser uma atividade eficaz em direção à produtividade e aos interesses da economia nacional (ALMEIDA MELO, 2008:30).

dos fundamentos da Revolução Industrial, que paulatinamente modificou o sistema produtivo europeu, num primeiro momento, e, posteriormente, o norte-americano.

Neste ponto, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre os termos desburocratização e burocracia. Muitos autores utilizam o termo burocracia<sup>20</sup> numa acepção pejorativa. Como também atentar que a burocracia não é uma criação da Administração Pública ou, mesmo, do aparelho do Estado Democrático. A burocracia é um sistema de organização e divisão do trabalho, que na sua forma ideal, busca a eficiência, a eficácia e a efetividade.

Dentre as principais vantagens dos modelos racionais de organização podem ser citadas as que consideram que o pensamento científico pode, enfim, substituir bem a intuição e o arbítrio que não estejam devidamente adaptados aos meios de produção científico e econômico. Como também, que a racionalidade inerente ao método científico facilita a difusão do conhecimento procurando colocar a pessoa certa na função certa, com normas e procedimentos bem elaborados, que visam alcançar a melhor eficiência organizacional possível.

Pelo lado das críticas tem-se que o excesso de impessoalidade e de regras formais desconsidera boa parte das complexas interações humanas – as ligações afetivas no interior dos grupos, os conflitos próprios de qualquer forma de convivência, o clima organizacional etc.

Desta forma, ainda em relação à busca pela desburocratização, ou o que seria a organização científica do trabalho e a burocracia, em suas formas ideais, vale lembrar que a organização racional da Administração Pública e do Estado, levada ao extremo, desconsideraria, a priori, boa parte dos fundamentos sociais e culturais de nosso país – o patrimonialismo, o clientelismo, o “jeitinho”, o personalismo, o espírito de aventura etc. (como descritos anteriormente no Capítulo 1 – O Estado e a Sociedade).

---

<sup>20</sup> “Burocracia é o sistema de execução da atividade pública, esp. da administração, por meio de um corpo complexo de funcionários lotados em órgãos, secretarias, departamentos etc., com cargos bem definidos, selecionados e treinados com base em qualificações técnicas e profissionais, os quais se pautam por um regulamento fixo, determinada rotina e uma hierarquia com linhas de autoridade e responsabilidade bem demarcadas, gozando de estabilidade no emprego. 2 o corpo de funcionários que faz funcionar tal sistema; a classe dos burocratas. 2.1 grupo particular desses funcionários. 3 Uso: pejorativo: tal sistema ou tal corpo de funcionários enquanto estrutura ineficiente, inoperante, morosa na solução de questões, falta de iniciativa e de flexibilidade, indiferente às necessidades das pessoas e à opinião pública, tendente a complicar trâmites e a ampliar sua área de influência e seu poder, com consequente emperramento ou asfixia das funções organizacionais que são a sua razão mesma de ser.” (HOUAISS, 2007).

Pois, é necessário ter em mente que qualquer Reforma do Estado ou Administrativa sempre dependerá dos ambientes culturais, educativos, sindicais e políticos, e que será preciso chegar à máxima: - Organizar bem, mesmo diante de uma pluralidade cultural tão rica como a brasileira, será enfim produzir bem.

Por fim, a relação entre o princípio da eficiência e a busca pela qualidade. Neste ponto, Alexandre de Moraes cita a definição dada pela Secretaria Geral da Presidência, a saber:

Qualidade de serviço público é, antes de tudo, qualidade de um serviço, sem distinção se prestado por instituição de caráter público ou privado; busca-se a otimização dos resultados pela aplicação de certa quantidade de recursos e esforços, incluída, no resultado a ser otimizado, primordialmente, a satisfação proporcionada ao consumidor, cliente ou usuário [...]. Outra característica básica da qualidade total é a melhoria permanente, ou seja, no dia seguinte, a qualidade será ainda melhor [...] (MORAES, 2001:310).

A Emenda Constitucional 19/98 inovou também, em seu artigo 48<sup>21</sup>, ao estabelecer um prazo de 120 dias, contados a partir da promulgação, para que o Congresso Nacional elaborasse uma lei de defesa do consumidor. Como também, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão disciplinar a aplicação de recursos orçamentários, cujas fontes serão as economias com as rubricas de despesas correntes de cada órgão, autarquia e fundação, para aplicar em programas de melhoria da qualidade e da produtividade conforme o disposto no § 7º. do Artigo 39<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup>Artigo 48 *in verbis*: O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

<sup>22</sup> § 7º do Artigo 39 *in verbis*: Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

## **Capítulo 3 – As Atividades Notarial e de Registro**

Este capítulo descreve vários aspectos das atividades notariais e de registro, dentre elas como a função de notário evoluiu paulatinamente ao longo da história da humanidade. Hoje, é possível distinguir três principais arranjos destas atividades e que são adotados por diferentes países – o modelo latino, o modelo anglo-saxão e o modelo administrativo.

O capítulo encontra-se organizado em quatro tópicos. O primeiro traça um breve histórico das atividades notarial e de registro, e também descreve o conceito, características, fins etc., com foco na normatização advinda da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. O segundo tópico trata da questão da privatização destas atividades no Brasil, uma mudança de concepção implementada por meio da Constituição Federal de 1988.

O terceiro tópico analisa a inter-relação do caráter público destas atividades *versus* a delegação em caráter privado e, finalmente, o quarto tópico que discorre sobre o processo de constitucionalização das atividades notarial e de registro.

### **3.1 Breve histórico, conceito, características, fins, efeitos, natureza jurídica e forma de prestação dos serviços.**

A função de notário não é uma criação da sociedade moderna. De acordo com Marcelo Antônio Guimarães Flach, autor da obra *“Responsabilidade Civil do Notário e do Registrador”*: *“a função notarial tem entre seus representantes mais antigos os escribas egípcios, que redigiam os atos jurídicos para o monarca, bem como anotavam as atividades privadas”* (FLACH, 2004:13).

Existem registros históricos que documentam a existência da função de notário entre as civilizações egípcia, cretense, hebraica, indiana, grega e romana. Cada uma delas criou as suas próprias denominações – *“escriba, mnemon, notarii, tabellio, chartularii, archivistas, librarii ou calligraphi, nomici, tabelliones, symbolatographos, escrevões, officiaes”* – para esta mesma função, de transmitir de forma duradoura a vontade das pessoas através de registros (FLACH, 2004; RIBEIRO, 2009).

Sheila Maria Reis Ribeiro, autora do artigo intitulado “*Público, porém Privado*” assevera que:

Registra-se, na literatura, a origem comunitária dos serviços notariais e registrais. O crescimento populacional, a expansão das atividades comerciais e a complexidade engendrada no tecido social ensejaram adaptações nas práticas de realização de negócios. Maiores exigências de segurança jurídica nas transações entre os indivíduos levaram à gradativa substituição do testemunho pessoal verbal por instrumentos formais. Esses documentos, inicialmente, eram elaborados por particulares que dominavam a escrita, arte então restrita a poucos. Em algumas culturas, estes profissionais, mais tarde, tornaram-se funcionários públicos destinados a dar fé pública aos atos lavrados (RIBEIRO, 2009:2).

Ainda segundo essa autora, é necessário que se destaque algumas características dos papéis desempenhados, ao longo dos séculos, por notários e registradores. A primeira delas é a própria especialização da função notarial, ou seja, a escrituração e/ou documentação dos atos privados, que é uma forma de transmissão da verdade que diz respeito à existência de diversos tipos de fatos e/ou atos jurídicos. Isso ocorreu, principalmente, pela evolução e aumento do volume e da complexidade do mundo dos negócios, bem como, da necessidade de racionalização das relações sociais (RIBEIRO, 2009).

A segunda característica é o desenvolvimento da autonomia dessas atividades, principalmente, preventivas quando comparadas às do ofício da justiça em que existe a solução de conflitos. A terceira é a paulatina secularização dos serviços realizados por notários e registradores, em relação principalmente ao registro civil, ou seja, resultante da separação entre Igreja e Estado, ou mesmo, entre Igreja e Poder Público, que caracterizou o início do Estado Moderno. A quarta trata da crescente necessidade de segurança, que se desenvolveu no seio da sociedade civil moderna, principalmente, por parte da desconfiança em relação ao Poder Público enquanto mediador de conflitos (RIBEIRO, 2009).

O Quadro 3.1 – Arranjos da Instituição Notarial, a seguir, mostra de forma resumida os principais arranjos da instituição notarial utilizados em diversos países. É possível vislumbrar as características marcantes das organizações notarial e de registro adotadas, e que terminaram, ao longo de décadas, por determinar as fronteiras entre três principais modelos genéricos de notariado: o modelo de notariado latino, o anglo-saxão e o administrativo (RIBEIRO, 2009).

No modelo latino, por exemplo, os notários são agentes públicos que conferem autenticidade e força probatória, ou seja, fé pública, às declarações de vontade.

<b>Diferentes Arranjos da Instituição Notarial</b>	
<b>Alemanha</b>	Federação em que os Estados-membros têm autonomia para dispor sobre as atividades notarial e de registro, fiscalizar e nomear, mediante prévia audiência do Colégio de Notários. Tipos: livre (não tem número limitado, restrição territorial ou exclusividade nem autoridade estatal; possui autonomia para a declaração de validade dos atos jurídicos, consultoria e autenticação); restrito (nomeação para o cargo a depender da vontade do Estado; atribuições e número de estabelecimentos definidos; função pública exercida sem subordinação hierárquica e com autonomia; judicial (órgão estatal com atribuições para lavratura de testamentos, execução de sentenças e registro de propriedades; nomeações pelo Ministério da Justiça e remuneração pelos cofres públicos).
<b>Espanha, França e Itália</b>	Utiliza o denominado modelo latino. Na Espanha, o Ministro da Justiça é o notário supremo do Estado. Possui autonomia e independência funcional, figurando na organização hierárquica como dependente do Ministério da Justiça e da Direção Geral dos Registros e do Notariado. Na França, a hereditariedade dos cartórios foi abolida pós-revolução, em 1791. Na atualidade, o notariado é uma categoria intermediária entre o profissional liberal e o funcionário público, a qual segue o regime geral de previdência das profissões liberais e possui regime especial de tributação. Na Itália, a lei define o notário como “oficial público instituído”, o qual pode auxiliar a Justiça em determinados casos de natureza civil.
<b>Portugal</b>	O Conselho Superior de Notários fixa o número de ofícios notariais e regras para supressão, de modo a garantir a estabilidade da profissão. Até 1900, os notários denominavam-se magistrados de jurisdição voluntária; a partir daí, foram alçados à categoria de funcionário público. Exige-se preparo jurídico, idoneidade moral e civil, assegurada a inamovibilidade e independência funcional. Em 2004, passaram para o setor privado, mantida a obrigatoriedade de formação e estabelecida a concorrência para obtenção da licença necessária à instalação de cartório.
<b>Japão</b>	Notários são agentes públicos nomeados pelo Ministro da Justiça, com atribuições afetas ao Departamento de Assuntos Legais (delegação de serviços). Não são pagos pelos cofres públicos. Recebem emolumentos por aconselhamento jurídico. Requisitos: ser japonês com mais de 20 anos; possuir qualificação de juiz, fiscal ou advogado e ser reconhecido pelo Comitê Notarial como detentor de conhecimentos jurídicos; prévia aprovação em exame de idoneidade moral; realizar treinamento. O exercício da atividade é incompatível com outras atividades públicas e comerciais.
<b>Inglaterra e Estados Unidos</b>	Chamado “modelo anglo-saxão”. Nesse sistema a prova é oral, há liberdade de forma e as relações privadas prescindem de fé pública para sua autenticação. Nos EUA, qualquer cidadão pode ser “nomeado” pelo governador enquanto durar seu mandato. Na Inglaterra, os prelados nomeiam e removem os notários por delegação da Corte Judicial, cuja presidência é exercida pelo Juiz Provincial de Caterley e York, cabendo recurso ao Lord of Canciller. De acordo com HARRIET ZITSCHER (1999, p. 46), “o notariado inglês, sob a guarda do Arcebispo de Cantabury, existe desde o ano de 1533”.
<b>Uruguai</b>	Notariado livre, sem número e limitação territorial, com profissionais liberais investidos na função pública. Para prestar esses serviços públicos, mediante requisição de inscrição na Suprema Corte, exige-se qualificação universitária específica, idade mínima e prova de idoneidade moral e de capacidade física.
<b>Rússia, Cuba e Venezuela</b>	Pratica o “modelo administrativo”, a partir de 1992, esse modelo foi estendido à Polônia, Hungria, Eslovênia e República Checa.
<b>China</b>	Possuía notariado administrativo. Em 1982, adveio regulamento provisório permitindo a prestação de serviços notariais por profissionais agrupados em pessoas jurídicas de interesse público e finalidade não comercial. Em julho de 2000, foi aprovada reforma estabelecendo que as atividades passariam a ser reguladas pelas leis de mercado, estando sujeitas à autoridade da Associação Notarial Chinesa e à fiscalização do Ministério da Justiça.

**Quadro 3.1 – Arranjos da Instituição Notarial. Fonte: RIBEIRO (2009:2-3)**

Já no modelo anglo-saxão, aquele utilizado pela Inglaterra e pelos Estados Unidos, existem notários que aproximam-se do modelo latino, os denominados *scriveners notaries* e, também, os notários livres, que não são agentes públicos. Esses últimos são na realidade “*profissionais liberais que se limitam a identificar subscritores de documentos, reconhecer assinaturas, apor selo para garantia de não alterabilidade de documentos e a obter declaração das partes de que o conteúdo do documento corresponde à sua vontade [...]*” (RIBEIRO, 2009:3-4).

Por fim, o notariado que segue o modelo administrativo, nesse modelo o notário “*pratica atos em nome da Administração Pública: presta assessoria aos cidadãos; dá fé pública; fiscaliza o cumprimento das leis e o recolhimento dos tributos, além de exercer funções com elementos judiciais e poderes decisórios*” (RIBEIRO, 2009:3-4).

No Brasil, de acordo com Flach (2004:15), “*o primeiro ato notarial de que se tem notícia foi o da descrição da descoberta do território, com as suas características, na carta escrita por Pero Vaz de Caminha ao Rei de Portugal.*” Em 1549, concomitantemente à instalação do primeiro governo na colônia, cujo Regimento foi datado de 17.12.1548, e que utilizou os mesmos princípios de organização do governo português, nota-se a existência de duas categorias de notários. A primeira é do Tabelião do Judicial ou Escrivão, e a segunda a do Tabelião de Notas, que corresponde ao notariado dos dias atuais.

Essa divisão foi conservada nas Ordenações Manuelinas (1524) e nas Filipinas (1603), que eram a legislação em vigor no Brasil, composta das Ordenações do Reino de Portugal. Foram substituídas somente em 1916, com a edição do Código Civil, que começou a tramitar ainda no século XIX, e teve bastante influência do Código Napoleônico da França. Porém, no período de 1580 a 1640, vigoraram as Leis da Espanha, pois nesse período a Coroa Portuguesa estava submetida à Espanhola. Na época das Ordenações Portuguesas, os Tabeliães e Escrivães eram nomeados pelas capitanias quando as mesmas detinham essa autonomia, e, após, pela Coroa Portuguesa. E essa nomeação era vitalícia. Os Tabeliães detinham autonomia funcional e independência de seus atos, mas eram vinculados ao ordenamento jurídico português (FLACH, 2004:15-16).

Segundo Ribeiro (2009) a partir da Proclamação da República a atividade notarial e de registro, realizada no Brasil por meio dos cartórios, passa a ser matéria de competência dos Estados federados, estando a matéria de sua regulação nas leis de organização do sistema judiciário. Percebe-se uma tentativa de estatização desses serviços na Constituição de 1967. “*A EC nr. 7, de 13.04.77, por exemplo,*

*transferiu para a União a competência para legislar sobre os tabelionatos, além dos registros públicos já previstos, e determinou a oficialização dos cartórios judiciais e extrajudiciais, com a institucionalização do concurso público” (RIBEIRO, 2009:4).*

A legislação a partir da Constituição Federal de 1988 instituiu o regime de delegação desses serviços, estabelecendo a necessidade do concurso público para o exercício do cargo, e alterando o relacionamento entre os cartórios e o Poder Público, por meio da redistribuição das competências tanto dos registros civis quanto dos serviços notariais entre a União e os Estados.

Luciana Generali Barni, autora da obra *“Direito notarial e registral para concursos públicos”* afirma que:

A Lei dos Notários e Registradores (Lei nº 8935/94) regulamenta o art. 236 da CF: - os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. - os emolumentos têm suas regras gerais estabelecidas por lei federal (Lei nº 10169/00). - o ingresso na atividade depende de concurso público de provas e títulos, não podendo uma serventia ficar vaga por mais de 6 meses. - os concursos são realizados pelo Poder Judiciário, com participação da OAB, Ministério Público, um notário e um registrador. - a legislação de cada estado e do Distrito Federal dispõe sobre normas/critérios de remoção. - os serviços são de organização técnica e administrativa, destinados a garantir, publicidade, eficácia, segurança e autenticidade dos atos jurídicos. - Notários e Registradores são profissionais do Direito, dotados de fé pública (BARNI, 2008:7).

Para Flach (2004:22) *“alguns autores sustentam a semelhança da função de registrador com a do administrador público, estando inclusive afetada pelos princípios do direito administrativo, na prática de seus atos.”* Frederico Henrique Viegas de Lima leciona:

De uma perspectiva metodológica, encontramos uma multiplicidade de classificações das atividades de um notário [...] sobressaem as funções de redigir, conservar e reproduzir instrumentos públicos. Com fundamento nestas atribuições, ao notário compete o controle da legalidade do ato, comprovando que o negócio jurídico que se pretende realizar reúne os requisitos para sua eficácia e validade. E o poder de dar fé garante a autenticidade do documento. A estas duas funções principais podem ser agregadas outras, de cunho subjetivo e altamente importantes, fazendo com que o notário tenha a missão de aconselhar, assessorar as partes e escrever com exatidão os fatos que percebe para dar autenticidade nos documentos notariais (DE LIMA *apud* BASTOS E LUZ, 2008:133-134).

O artigo 5º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, define quem são os titulares dos serviços notariais de registro: I – tabeliães de notas; II – tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos. III – tabeliães de protesto de títulos; IV – oficiais de registro de imóveis; V – oficiais de registro de títulos e documentos civis

das pessoas jurídicas; VI – oficiais de registro civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas; VII – oficiais de registro de distribuição.

Os Quadros 3.2 – Principais Registradores e Respectivas Atribuições e 3.3 – Principais Tabeliães e Respectivas Atividades, descrevem a atual divisão de atividades entre os principais tipos de Registradores e Tabeliães.

<b>Registradores</b>
<p><b>Registro Civil:</b> 1) Atribuições: nascimentos, casamentos, óbitos, emancipações, interdições, ausência, adoção, nacionalidade, separação, divórcio, restabelecimento da sociedade conjugal. 2) Outras hipóteses: a) fatos ocorridos em navios e no exército: i) imediatamente registrados; ii) comunicados oportunamente aos Ministérios para que, através do Ministério da Justiça, sejam ordenados os assentamentos, via cópia autêntica. b) fatos de brasileiros no estrangeiro: i) autênticos se conforme a lei do local, sendo a certidão do cônsul meio de legalização (+ tradução + registro em TD); ii) ou, se lavrados por cônsul conforme regimento consular; iii) de qualquer forma, devem ser trasladados no 1º. Ofício do Distrito Federal para produzirem efeitos aqui; iv) pode ser por 2ª. via remetida pelo cônsul, através do Ministério das Relações Exteriores; v) antes de trasladar, a certidão deve ser submetida à apreciação do MP, com conclusão dos autos ao juiz (pode corrigir erros evidentes); vi) nascimento: necessidade de prova da nacionalidade brasileira de pelo menos um dos pais; vii) casamento: nacionalidade brasileira de pelo menos um dos cônjuges; viii) óbito: comprovação da nacionalidade brasileira do falecido.</p>
<p><b>Registro de Pessoas Jurídicas:</b> 1) Atribuições: contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos das sociedades, fundações, associações e partidos políticos. Sociedades civis com forma mercantil, exceto as sociedades anônimas. Jornais e demais publicações periódicas. Oficinas impressoras. Empresas de radiodifusão que mantenham serviço de notícias, reportagens, comentários, debates e entrevistas (som e imagem). Empresas que executam agenciamento de notícias. Averbar alterações supervenientes. Fornecer certidões. Registrar e autenticar livros obrigatórios das sociedades civis (simples).</p>
<p><b>Registro de Títulos e Documentos:</b> 1) Atribuições: instrumentos particulares. Penhor comum sobre móveis. Caução de títulos de crédito, pessoais e da dívida pública, ou de bolsa ao portador. Contrato de penhor de animais. Contrato de parceria agrícola/pecuária. Mandado judicial de renovação de contrato de arrendamento. Quaisquer documentos, para conservação (facultativa). Qualquer registro não atribuído expressamente a outro (residual). Obrigatório para surtir efeitos em relação a terceiros: contratos de locação de prédios com cláusula de vigência em caso de alienação (+RI). Documentos decorrentes de depósito ou cauções feitos em garantia do cumprimento de obrigações contratuais. Cartas de fiança em geral. Contratos de locação de serviços não atribuídos a outros. Contratos de compra e venda em prestações (com ou sem reserva de domínio). Contratos de alienação ou promessa de venda de imóveis. Contratos de alienação fiduciária. Todos os documentos de procedência estrangeira, acompanhado de traduções. Quitações, recibos, contratos de compra e venda e penhor de automóveis. Atos administrativos expedidos para cumprimento de decisão judicial, sem trânsito em julgado, pelos quais for determinada a entrega, pelas alfândegas e mesas de renda, de bens procedentes do exterior. Instrumento de cessão (de direitos e de créditos), de sub-rogação e de dação em pagamento. Cédulas de crédito que consignem garantia de alienação fiduciária (+RI).</p>
<p><b>Registro de Imóveis:</b> a) Finalidades: Autenticidade (fé pública do registrador). Segurança: presunção de verdade do ato (relativa). Publicidade: acessibilidade a todos do registro. Eficácia: constitutiva de direito real (oneração e alienação); declaratória de aquisição (aquisição “mortis causa” e originária); comprobatória. b) Espécies: matrícula (ato inaugural do fôlio, individualizador do imóvel). Registro (ato constitutivo de domínio e ônus. Averbação (ato modificativo do registro).</p>

**Quadro 3.2 – Principais Registradores e Respectivas Atribuições. Fonte: BARNI (2007)**

Flach (2004:22) afirma que: “*com a evolução das necessidades sociais, foram agregados a esses profissionais algumas características e aperfeiçoamentos, que fizeram a figura do notário e do registrador mais especializada [...]*.” Como também ressalta que “*aos atos praticados por registradores e tabeliães foi agregada a fé*

*pública, na qual se presume a veracidade do ato lavrado ou registrado e inclusive das declarações por ele presenciadas.*” No entanto, essa é uma presunção *juris tantum*, em outras palavras, o seu poder certificador admite prova em contrário, nesses casos cabe ao interessado alegar e também demonstrar a eventual nulidade ou imprecisão de tais atos (FLACH, 2004:23).

<b>Tabelionatos</b>
<p><b>Tabelionato de Protestos:</b> 1) Competências/Atribuições: Protocolização/apontamento de títulos/documentos de dívida. Intimação do devedor. Acolhimento da devolução ou do aceite. Recebimento do pagamento. Acolhimento da desistência do credor. Lavratura e registro do protesto. Averbacões e retificações. Prestação de informações. Fornecimento de certidões de todos os atos praticados. 2) Distribuição: obrigatória em comarcas com mais de um TP. Serviço instituído e mantido pelos tabeliães (salvo se já existir ofício específico – Central de Distribuição de Títulos). Títulos são recepcionados, distribuídos e entregues ao TP no mesmo dia, pelos critérios da quantidade e da qualidade.</p>
<p><b>Tabelião de Notas:</b> 1) Atribuições (notários): colher, interpretar e formalizar juridicamente a vontade das partes. Intervir nos negócios jurídicos a que as partes devam/queiram dar forma legal ou autenticidade, redigindo e autorizando os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas. Conferir fé pública às relações de Direito Privado. Conferir autenticidade a documentos avulsos. 2) Competências (tabeliães de notas): lavrar instrumentos públicos (escrituras, testamentos, procurações, atas). Extrair certidões de instrumentos públicos e de documentos arquivados e trasladados dos instrumentos públicos lavrados no tabelionato. Autenticar, mediante conferência com os originais, cópias reprográficas. Reconhecer letras, firmas e chancelas. Confeccionar, conferir e concertar públicas-formas. Registrar assinaturas/chancelas mecânicas.</p>

**Quadro 3.3 – Principais Tabeliães e Respectivas Atribuições. Fonte: BARNI (2007)**

Vale lembrar, que neste trabalho excetuaram-se as descrições pertinentes aos tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos e, também, os oficiais de registro de distribuição, por não serem encontrados em todas as comarcas.

Finalizando, Flach (2004) ainda afirma que a delegação do Poder Público outorga a esses profissionais uma função que por natureza, deveria ser uma atribuição do serviço público. Desta forma, registradores e tabeliães prestam seus serviços de acordo com as normas do delegante e ainda sob sua fiscalização.

## **3.2 Privatização das atividades**

Ao interpretar o texto constitucional no seu artigo 236, José Tarcízio de Almeida Melo, em seu livro “*Direito Constitucional do Brasil*” levanta o seguinte questionamento:

É possível serviço público ser exercido por pessoa privada? Respondem-no incontáveis serviços de transporte coletivo, de coleta de lixo, de aeroportos, de energia elétrica, de telecomunicações. São serviços públicos, porém objeto de concessão, de permissão, de autorização administrativa ou delegados para serem exercidos por empresas ou pessoas privadas [...] (ALMEIDA MELO, 2008:1289).

Na visão de Valerio (2008:18) é necessário ter em mente que *“não é essencial à ideia de serviço público a exclusividade do exercício da atividade pelo Estado. Pode a atividade ser exercida pelo Estado e, concomitantemente, pelo setor privado.”* Neste ponto, por exemplo, Eros Roberto Grau, em sua obra *“A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica”* leciona que *“a CF de 1988 prevê através do seu artigo 175, a possibilidade de entidades privadas desenvolverem atividades ligadas aos serviços públicos privativos, por meio dos mecanismos de permissão ou concessão”* (GRAU, 2004:18). Cita o caso da prestação de serviços, através da iniciativa privada, nas áreas de saúde e educação de acordo com os artigos 209 e 199 da CF.

Vale lembrar os ensinamentos de Hans Kelsen quando interpreta as fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado.

Na jurisprudência tradicional, faz-se a distinção entre Direito privado e público a base da sistematização do Direito. Ainda assim, procuramos em vão por uma definição dos dois conceitos que não seja ambígua. Dentre as várias teorias sobre o assunto, talvez a mais comum seja a que deriva a distinção a partir da diferença entre os sujeitos nas relações jurídicas [...] A teoria baseia-se no fato de que, dentro de sua própria esfera jurídica, ou seja, dentro do Direito nacional, o Estado como sujeito de deveres e direitos está sempre confrontado com pessoas privadas [...] O Direito público é o que regulamenta direitos em que uma pessoa das pessoas envolvidas é “pública”, em que o Estado é, direta ou indiretamente, uma das partes. Neste caso, o próprio poder que define e protege o direito é, ele mesmo, uma parte interessada pelo direito ou por ele afetada. Se nenhum dos dois sujeitos envolvidos é o Estado, então existe Direito privado (KELSEN, 2005:289-290).

É importante também compreender algumas das tipologias que rotulam a prestação do serviço público. Assim, o serviço público pode ser prestado de maneira centralizada ou descentralizada. A prestação do serviço público na forma centralizada ocorre, quando o Poder Público, utiliza os seus próprios órgãos e assume inteira responsabilidade pela prestação dos serviços. Para Meireles *apud* Valerio (2008:19) *“em tais casos o Estado é, ao mesmo tempo, titular e prestador do serviço, que permanece integrado na agora denominada Administração Direta [...]”*

Já na prestação do serviço público de forma descentralizada, na realidade, ocorre que o Poder Público realiza uma transferência de titularidade ou, mesmo de poder de execução, utilizando-se dos mecanismos legais da outorga ou da delegação. Nessa forma, autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou particulares individualmente e, mais recentemente, os consórcios públicos podem realizar esse tipo de prestação de serviços, conforme prescreve a Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005 (VALERIO, 2008:19).

É ainda possível qualificar a prestação de serviços descentralizados em: “a) *por serviços, funcional ou técnica; e, b) por colaboração*”; de acordo com Di Pietro *apud* Valerio (2009:19). A descentralização por serviços, funcional ou técnica ocorre quando o Poder Público institui uma pessoa jurídica de direito público ou privado, atribuindo a titularidade e a execução da prestação de um determinado serviço público.

Ressalte-se ainda que a legislação brasileira somente permite tal criação por meio de lei, como exemplos podem ser citados a criação de autarquias, fundações governamentais, empresas públicas ou, até mesmo, sociedades de economia mista, que prestam serviços públicos relevantes como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), a Caixa Econômica Federal (CEF), o Banco do Brasil S.A., a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (INFRAERO), dentre muitas.

Porém, na visão Hercules Alexandre da Costa Benício, autor de “*Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro*”:

Com efeito, a tentativa de inserção dos fenômenos jurídicos num grupo preestabelecido (numa natureza jurídica) redundante, não raras vezes, em esforço intelectual infrutífero, uma vez que se aceita a categoria como paradigma de explicação semântica, a natureza jurídica passa a constituir um obstáculo epistemológico, impedindo que novos fenômenos sejam compreendidos ou que consequências específicas de um fenômeno sejam admitidas. Nesta situação, a categorização do fenômeno implica a aceitação (ou imposição) dos limites à sua utilidade. Esta categorização é, portanto, elaborada tendo-se em vista a determinação da fronteira pretendida para um determinado fenômeno jurídico. No caso das e de registro, por se situarem em zona fronteira entre o público e o privado, as dificuldades que permeiam o esforço de categorização de seu regime jurídico se potencializam (BENÍCIO, 2005:164).

De acordo com diversos autores (BARNI, 2008; FLACH, 2004; RIBEIRO, 2009, VALERIO, 2008) uma das principais características das atividades notarial e de registro é que o seu exercício, no Brasil, é eminentemente de caráter privado.

Desta forma, notários e registradores devem enfrentar todas as despesas provenientes do funcionamento dos serviços sob sua responsabilidade. Esses profissionais têm liberdade de gestão administrativa para planejar, organizar, controlar e dirigir os seus respectivos Ofícios, desde que respeitem as suas respectivas áreas de atuação e os preceitos legais.

Possuem independência para decidir sobre os atos que praticam. Analisam a legalidade, interpretação e fiscalização dos mesmos. Essa independência trouxe uma responsabilidade mais clara e densa sobre esses profissionais, exigindo constante estudo e aperfeiçoamento e aparelhamento tecnológico (FLACH, 2004: 24-25).

Mas quando analisamos a questão das receitas, ou seja, a categorização dos emolumentos que servem de remuneração para os tabeliães e registradores particulares, vale ressaltar que tais receitas são recebidas dos consumidores diretos dos serviços notarias e registraes, na forma de receita pública, como afirma Benício (2005), o que deu margem para diversos tipos de questionamentos:

Poderia uma taxa ser destinada a entes privados sem ferir o princípio da isonomia? Como receitas públicas, os emolumentos percebidos pelos cartórios não-oficializados não deveriam se submeter à fiscalização dos Tribunais de Contas, nos termos do parágrafo único do art. 70 da CF<sup>23</sup>? No que complementa [...] os emolumentos pagos diretamente aos titulares de cartórios não-oficializados, muito embora sejam fixados por lei e obedeçam ao princípio da anterioridade (por determinação da Lei 10.169/2000, arts. 2º. e 5º.), não devem ser categorizados como taxa em sentido estrito, muito menos receita pública, uma vez que são destinados integralmente e pagos diretamente a entes particulares (BENÍCIO, 2005:165).

Ainda, de acordo com Benício (2005), ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, tinha assentado o entendimento no sentido de que os tabeliães e registradores eram servidores públicos, estando sujeito, portanto, à aposentadoria compulsória aos 70 anos. A partir da EC nº 20/98, refletindo efeitos no inciso II, § 1º do artigo 40, quando do julgamento da ADI 2602, tal entendimento não mais prevaleceu, não estando mais o tabelião e o registrador vinculados à aposentação por implemento de idade. Com o entendimento anterior, construía-se, paulatinamente, uma espécie de regime jurídico especial em “*que predominava um inevitável e, até, justificável casuísmo*” (BENÍCIO, 2005:167).

---

<sup>23</sup> Com redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998 ao dispor que: “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária”.

Exemplifiquem-se, ainda, alguns efeitos, com base no art. 40 (anterior à promulgação da EC 20/98) da Constituição e, entendimento anterior esposado pelo Supremo, além dos relativos à aposentadoria compulsória<sup>24</sup>, certo de que os notários e registradores eram servidores públicos. Também, dever-se-iam ser aplicadas, por analogia, para estender aos notários e registradores, outras obrigações e direitos constitucionalmente previstos, tais como a limitação de remuneração<sup>25</sup>.

Registre-se, ainda, estar pacificado na jurisprudência da Suprema Corte, o caráter tributário dos emolumentos, dando-nos conta de que *“os emolumentos cartorários possuem natureza pública de taxa (espécie de tributo) para os efeitos de obediência aos princípios da reserva legal e da anterioridade, que devemos prolongar tal entendimento para o conceito de “receitas, bens ou valores públicos” [...]”* (BENÍCIO, 2005:168).

Na visão de Habermas (2003a) o direito em vigor procura garantir, por um lado, a prática de expectativas de comportamento ratificadas pelo Estado, com o objetivo de fornecer segurança jurídica.

[...] de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas – as normas merecem obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei. No nível da prática da decisão judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão da legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente. E, uma vez que ambas nem sempre estão de acordo, é necessário introduzir duas séries de critérios na prática da decisão judicial (HABERMAS, 2003a:245-246).

Na mesma vertente assevera Hercules Alexandre da Costa Benício quando afirma que *“o método da extensão analógica consiste na integração cumprida por meio da atribuição, ao caso não-regulamentado, das mesmas consequências jurídicas atribuídas ao caso regulamentado semelhante”* (BENÍCIO, 2005:168).

<sup>24</sup> A antiga redação da Constituição de 1988 prescrevia: “Art. 40. O servidor será aposentado: [...] II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade [...]”. A EC 20/98 alterou o art. 40 da Constituição Federal, o que repercutiu na amplitude do alcance dos efeitos do inciso II do § 1º do mesmo artigo, senão vejamos: “Art. 40. Aos servidores **titulares de cargos efetivos** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...] (grifamos). Essa nova redação reafirmou o caráter privado no exercício das atividades notarial e de registro prevista no art. 236 da Constituição Federal.

<sup>25</sup> Conforme inciso XI, do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Atentando ainda que é preciso haver entre os dois casos uma semelhança acentuada, em outras palavras, é necessário existir uma “*qualidade comum a ambos*”, motivadora da razão suficiente por intermédio da qual foram impostas certas consequências e não outras.

Para José Tarcízio de Almeida Melo:

A racionalização administrativa, com a nova redação para o art. 241 da Constituição, pelo art. 24 da Emenda n. 19, é avanço com o qual se mencionam os convênios que se encontram subentendidos no parágrafo único do art. 23 da Constituição e que até hoje não foram disciplinados, para disporem sobre a competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios relativamente aos serviços públicos. Tal racionalização poderá evitar superposições e, principalmente, omissões, porquanto a falta da disciplina de convênios e de consórcios tem permitido estruturas paralelas e ensejado a retração das iniciativas, por falta de definição de encargos e responsabilidades. A leitura do art. 241 há de ser cuidadosa, posto que, por envolver o consórcio os diversos entes que compõem a federação, não poderá cada um deles legislar a seu respeito. Tendo em vista a maior amplitude dos poderes da União, as normas gerais deverão ser privativas dela (ALMEIDA MELO, 2008:1289).

A promulgação da EC 20/98, foi um marco, razão porque confirmou a previsão constante no art. 236 da Constituição; mais, o novo posicionamento assentado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na ADI 2602, rechaçou qualquer entendimento contrário ao caráter privado no exercício das atividades notarial e de registro.

### **3.3 Caráter público das atividades versus delegação em caráter privado.**

Primeiramente é necessário ressaltar que persiste uma disputa viva entre os Poderes Executivo e Judiciário no tocante à questão da delegação em relação às atividades notarial e de registro. De acordo com Hercules Alexandre da Costa Benício desde os primórdios da República, “*a criação e a distribuição territorial de tais serventias vinham (e vêm) sendo reguladas nas leis ou códigos de organização judiciária dos respectivos Estados-membros e do Distrito Federal [...]*” (BENÍCIO, 2005:73). Assim, os tabelionatos e ofícios de registro eram reputados como órgãos do Poder Judiciário.

As tênues fronteiras entre os três poderes é abordada por Hans Kelsen em sua obra “*Teoria Geral do Direito e do Estado*” quando leciona que:

Na verdade, uma dicotomia é a base da costumeira tricotomia. A função legislativa opõe-se tanto à função executiva quanto à judiciária, sendo que

estas duas últimas estão, obviamente, relacionadas de modo mais íntimo entre si do que com a primeira. A legislação (*legis latio* do Direito romano) é a criação de leis (*leges*). Se falarmos de “execução”, devemos perguntar o que é executado. Não há nenhuma outra resposta que não a afirmação de que são executadas as normas gerais, a constituição e as leis criadas pelo poder legislativo (KELSEN, 2005:365).

Dessa forma, segundo Kelsen (2005), a simples execução das leis também é uma função do judiciário. Ou seja, as funções tanto do Poder Executivo como do Poder Judiciário, assemelham-se nesse ponto - a simples execução de normas. A única diferença é que no caso do Poder Judiciário, a execução das normas, é realizada nos tribunais, enquanto que no Poder Executivo ela é desempenhada nos órgãos executivos ou administrativos. Isso leva a conclusão de que “a *tricotomia usual* é, no fundo, uma dicotomia, a distinção fundamental entre *legis latio* e *legis executio*. A segunda função, no sentido mais restrito, está subdividida em função jurídica e função executiva [...]” (KELSEN, 2005:365).

Complementando essa mesma linha de pensamento Jürgen Habermas afirma no primeiro volume de sua obra “*Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*” que:

Quando pressupomos um sistema jurídico autônomo, que além disso se diferencia em regras primárias, determinadoras do comportamento, e secundárias, que reproduzem auto-referencialmente normas, a validade das prescrições jurídicas mede-se somente pela manutenção dos procedimentos juridicamente prescritos da normatização do direito. Essa legitimação através da legalidade do procedimento da normatização privilegia a procedência, ou melhor, o processo correto da posituação ou da resolução em detrimento da fundamentação racional do conteúdo de uma norma: regras são válidas porque podem ser proclamadas conforme às regras pelas instituições competentes (HABERMAS, 2003a:250).

Quando a Constituição Federal de 1988 dispôs em seu art. 236, *caput*, que as atividades notarial e de registro serão exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público; surgiu então uma primeira questão intimamente relacionada com a teoria da tripartição dos Poderes<sup>26</sup>: - Deveria a outorga da delegação dos serviços notarial e registral ser realizada pelo Poder Executivo ou pelo Judiciário?

A resposta a este questionamento implica, necessariamente, a tomada de posição quanto à natureza (executiva ou judiciária) dos serviços notariais e registrais considerados, por exemplo, pela Instrução Normativa da Receita Federal 15/2001 como de “organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos

<sup>26</sup> “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Constituição Federal 1988).

jurídicos”. Dessa forma, a Receita Federal, classifica titulares de serventias extrajudiciais, genericamente, como serventuários da Justiça (BENÍCIO, 2005:72).

Também é necessário atentar que de acordo com a CF de 1988, em seu Título IV – Da organização dos Poderes; Capítulo III – Do Poder Judiciário, não consta nenhuma menção aos serviços notarial e de registro. Essa matéria somente é contemplada no Título IX – Das Disposições Constitucionais Gerais em seu artigo 236, como também no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias em seus artigos 31 e 32. Hercules Alexandre da Costa Benício afirma que: “*nesse contexto, os notários e registradores deixaram de ser enquadrados no âmbito dos serventuários da Justiça ou dos serviços auxiliares da Justiça*” (BENÍCIO, 2005:74).

Em 13 de janeiro de 2008 o Congresso Nacional publicou a redação final do PLC 007/2005 em que constava: “[...] Art. 2º A Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 2º-A: “Art. 2º-A. A outorga da delegação do exercício da atividade notarial e de registro é ato privativo do Poder Executivo do Estado-Membro e do Distrito Federal [...]”. Matéria essa que, em junho de 2008, sofreu veto presidencial em sua totalidade (SENADO FEDERAL, 2009:1).

Na visão de Valerio (2008:23), a Constituição Federal não admite que as serventias extrajudiciais que até a data de sua promulgação fossem exercidas em caráter privado possam ser estatizadas<sup>27</sup>.

Ainda sobre o caráter público da atividade delegada em caráter privado, Hans Kelsen continua sua esclarecedora explanação sobre o dualismo público-privado:

Em todas as ordens jurídicas modernas, o Estado, assim como qualquer outra pessoa jurídica, pode ter direitos *in rem* e direitos *in personam*, mais ainda, qualquer um dos direitos e deveres estipulados pelo “Direito privado”. Quando existe um código civil suas normas se aplicam igualmente às pessoas privadas e ao Estado. As disputas referentes a tais direitos e obrigações do Estado são em geral resolvidas do mesmo modo que as disputas similares entre partes privadas. O fato de uma relação jurídica ter o Estado como uma de suas partes não a retira necessariamente do domínio do Direito privado. A dificuldade para se distinguir entre Direito público e Direito privado reside precisamente no fato de que a relação entre o Estado e seus sujeitos pode ter não apenas um caráter “público”, mas também um “privado”. Quando o Estado compra ou aluga uma casa de uma pessoa privada de acordo com vários sistemas jurídicos, a relação entre comprador e vendedor (ou locatário e locador) é exatamente a mesma que existiria se o comprador ou locatário fosse uma pessoa privada [...] (KELSEN, 2005:291-292).

<sup>27</sup> De acordo com decisão do Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário (RE) 189.736 : “[...] o sentido do art. 236 da Carta Magna foi o de tolher, sem mesmo reverter, a oficialização dos cartórios de notas e registros, em contraste com a estatização estabelecida para as serventias do foro judicial pelo art. 31 do ADCT” (VALERIO, 2008:23).

A visão do direito comparado fornecida por Leonardo Brandelli, autor de “*Teoria Geral do Direito Notarial*”, também auxilia a clarificar esse dualismo, quando classifica os notários em duas classes – a dos funcionários e a dos profissionais. Define-se como notário profissional aquele que desempenha sua função de modo eminentemente privado, e que não se encontra ao abrigo da norma que rege a atividade dos funcionários públicos. Já o notário qualificado como funcionário, vivencia uma situação oposta, ou seja, encontra-se sob as mesmas normas que delimitam direitos e deveres dos funcionários públicos (BRANDELLI, 2007).

Como uma “pessoa” existe apenas em “seus” deveres e direitos, a personalidade jurídica do Estado não difere em nada da personalidade jurídica de um indivíduo privado, na medida em que os deveres e direitos do Estado possuam o mesmo conteúdo que os deveres e direitos da pessoa privada [...]. Os chamados deveres e direitos do Estado são deveres e direitos de órgãos do Estado, ou seja, deveres e direitos de indivíduos cujas ações são imputadas ao Estado. O órgão que representa o Estado como sujeito de um dever ou direito não é o mesmo órgão que representa o Estado como juiz. [...] Se olharmos os indivíduos atuantes através do véu com que a imputação e a personificação dissimulam a realidade jurídica, veremos que não existe nenhuma “união dos atributos de juiz e de parte”, mesmo quando as funções de indivíduos diversos que atuam como juiz e como parte são interpretadas como atos de “uma personalidade”. (KELSEN, 2005:291-292).

Finalizando, de forma análoga, é o que demonstra o texto de Valerio (2008), quando cita o parecer de José Afonso da Silva<sup>28</sup>, como também, o voto do Ministro Carlos Ayres Brito da Suprema Corte<sup>29</sup>. Em que se clarifica perfeitamente que os

---

<sup>28</sup> Parecer de José Afonso da Silva, reconhecido constitucionalista, acerca do não enquadramento de notários e registradores como servidores públicos: “*Aquela posição doutrinária, extraída legitimamente dos princípios de direito administrativo, que sustentava – aliás majoritariamente – que os titulares de serventias não-oficializadas não são servidores públicos, mas delegados de ofício, ou de função ou do serviço respectivo, foi consagrada no caput do artigo em comentário [ art. 236 da CF], que reconhece que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público [...] Logo, se o registrador e o notário exercem o serviço de seu ofício em caráter privado é porque não são servidores públicos, mas particulares no exercício de uma função pública, ou particulares em colaboração com o Poder Público [...]*” SILVA (2006 apud VALERIO, 2008:26).

<sup>29</sup> Voto do Ministro Carlos Ayres Brito – ADI 2.602: “*Numa frase, então, serviços notariais e de registro são típicas atividades estatais, mas não são serviços públicos, propriamente. Categorizam-se como atividade pública stricto sensu, assemelhadamente às atividades jurisdicionais. E como função pública lato sensu, a exemplo das funções de legislação, diplomacia, defesa nacional, segurança pública, trânsito, controle externo e tantos outros cometimentos que, nem por ser de exclusivo domínio estatal, passam a se confundir com serviço público. [...] os serviços notariais e de registro são serviços notariais e de registro simplesmente, e não qualquer outra atividade estatal. [...] não se sujeitam à aponsetadoria compulsória os titulares dos serviços notariais e de registro, dado que esses particulares exercentes de atividade estatal não titularizam cargo público efetivo.*” (VALERIO, 2008:27).

notários e registradores enquadrados no art. 236 da Constituição Federal, atuam em caráter privado e não integram a estrutura do Estado, pois exercem suas atividades em recinto particular, como também, dispõem de funcionários que lhes prestam diversos tipos de serviços administrativos e que, da mesma forma, não podem ser qualificados como servidores públicos.

### **3.4 Processo de constitucionalização das atividades.**

De acordo com diversos autores (BENÍCIO, 2005; BRANDELLI, 2007; VALERIO, 2008) merecem destaque em relação à constitucionalização das atividades notarial e de registro, tanto a Constituição de 1934 como a de 1967, essa última alterada pela Emenda n.º. 1 de 1969, que incluiu no Título V – Disposições Constitucionais e Transitórias o art. 206, dispositivo constitucional que determinou a oficialização dos serviços notarial e registral<sup>30,31</sup>.

E, citem-se, também, pelas Emendas Constitucionais n.º. 7, de 13 de abril de 1977<sup>32</sup> e n.º. 22, de 29 de junho de 1982<sup>33</sup>. Ressalte-se ainda que ambas ainda demonstravam nos seus textos o caráter público dessas atividades.

---

<sup>30</sup> Art. 5º. da CF de 1934 *in verbis*: Compete privativamente à União: a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais; § 3º - A competência federal para legislar sobre as matérias dos números XIV e XIX, letras c e i , in fine , e sobre registros públicos, desapropriações, arbitragem comercial, juntas comerciais e respectivos processos; requisições civis e militares, radiocomunicação, emigração, imigração e caixas econômicas; riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca, e a sua exploração não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias. As leis estaduais, nestes casos, poderão, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta.

<sup>31</sup> Artigos 206 e 207 da CF de 1967 alterada pela Emenda no. 1, de 17 de outubro de 1969, *in verbis*: Art. 207. As serventias extrajudiciais, respeitada a ressalva prevista no artigo anterior, serão providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, observado o critério da nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos. Art. 208. Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983.

<sup>32</sup> Artigo 206 *in verbis*: Ficam oficializadas as serventias do foro judicial e extrajudicial, mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo. § 1º. Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, disporá sobre normas gerais a serem observadas pelos Estados e pelo Distrito Federal na oficialização dessas serventias. § 2º. Fica vedada, até a entrada em vigor da lei complementar a que alude o parágrafo anterior, qualquer nomeação em caráter efetivo para as serventias não remuneradas pelos cofres públicos. § 3º. Enquanto não fixados pelos Estados e pelo Distrito Federal os vencimentos dos funcionários das mencionadas serventias, continuarão eles a perceber as custas e emolumentos estabelecidos nos respectivos regimentos.

<sup>33</sup> Artigos 206, 207 e 208 *in verbis*: Art. 206. Ficam oficializadas as serventias do foro judicial mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a

De acordo com Melo Júnior (1998 *apud* Benício 2005:53) existiam sérias resistências no sentido da não-estatização dos notariados. Dentre elas, destacam-se: a) em respeito à tradição nacional de adotar o modelo de notariado latino, amplamente utilizado pela maioria dos países. b) pela história das funções notariais brasileiras, em que desde o direito lusitano medieval, passando pela história imperial até os dias atuais sempre foi fundamentada no princípio do livre exercício da profissão. c) o atrelamento existente entre o notariado e o registro público “*tanto do ponto de vista orgânico-administrativo (eram serventias manipuladas pelos Estados-membros), quanto do ponto de vista jurídico [...]*” (BENÍCIO, 2005:53).

No entanto, esse paradigma foi modificado com o advento da Carta Magna de 1988, cujo teor desburocratizante ressaltava o caráter privado para o desenvolvimento dos serviços notariais e de registro. Nesse sentido, Valerio (2008) ressalta que muito embora existisse apoio, tanto por parte da Comissão Afonso Arinos, encarregada de elaborar o anteprojeto de Constituição, como também, por parte de importantes segmentos da mídia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para a definitiva oficialização de tabelionatos e cartórios de registros, a Constituinte rejeitou o texto proposto.

A constituição do Estado, geralmente caracterizada como a sua “lei fundamental”, é a base da ordem jurídica nacional. É bem verdade que o conceito de constituição, tal como compreendido na teoria do Direito, não é exatamente igual ao conceito correspondente na teoria política. O primeiro é o que chamamos antes de constituição no sentido material do termo, abrangendo as normas que regulamentam o processo de legislação. Tal como usado na teoria política, faz-se com que o conceito também compreenda as normas que regulamentam a criação e a competência dos órgãos executivos e judiciários mais altos (KELSEN, 2005:369)

Na visão de Ferreira (1995 *apud* VALERIO, 2008:22) a linguagem utilizada no texto da Constituição Federal de 1988 é bastante nítida no tocante à privatização dos serviços notariais e de registro. “*A delegação estatuída na Lei Fundamental, feita pelo Poder Público, consumou a privatização dos serviços notariais e de*

---

situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo ou que tenham sido revertidos a titulares. Art. 207. As serventias extrajudiciais, respeitada a ressalva prevista no artigo anterior, serão providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, observado o critério da nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos. Art. 208. Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983.

*registro [...] Quem delega transfere, se desinveste e se despede de atribuição ou de competência, que passa ao destinatário da delegação [...]*' (VALERIO, 2008:22).

Finalizando, de acordo com Benício (2005:56), muito embora estejamos sob a égide de um novo texto constitucional, a Carta Magna legou para a legislação ordinária e também para os intérpretes, um imbróglio que envolve questões a respeito do regime jurídico aplicável aos tabeliães, e registradores titulares de serventias não oficializadas. Certamente, uma das questões mais controversas, é a concernente à responsabilidade civil, quando se tenta delimitar quem são os verdadeiros responsáveis pelos prejuízos causados. Pois alguns autores entendem que tanto o Estado como os titulares de cartórios não oficializados podem ser responsabilizados, enquanto outros defendem posições contrárias. Questão essa também abordada no capítulo a seguir.

## ***CAPÍTULO 4 – Responsabilidade Civil, Princípio da Eficiência e Processo de Privatização – Multiplicidade de Interações e suas Consequências nas Atividades Notarial e de Registro.***

Esse capítulo aborda a análise sobre três importantes questões e seus múltiplos reflexos nas atividades notarial e de registro – a responsabilidade civil, o princípio da eficiência e o processo de constitucionalização. Porém, antes de explorar, especificamente, tais temas faz-se necessário um sucinto preâmbulo sobre fundamento de validade, interpretação das normas jurídicas e hermenêutica<sup>34</sup>.

Hans Kelsen afirma que:

A ordem jurídica é um sistema de normas [...] A norma não é um enunciado sobre a realidade e, portanto, não tem como ser “verdadeira” ou “falsa” [...] Uma norma é válida ou não-válida [...] O fundamento para a validade de uma norma não é, como o teste de veracidade de um enunciado de “ser”, a sua conformidade à realidade. Como já dissemos, uma norma não é válida por ser eficaz [...] (KELSEN, 2005:161).

Para Jürgen Habermas, “*uma teoria da justiça diretamente normativa e que, ao tentar justificar princípios para a construção de uma sociedade bem ordenada [...] tem que enfrentar o problema da relação entre ideia e realidade*” (HABERMAS, 2003a:245). Principalmente, quando consideramos que tanto ideia(s), como realidade(s), são expressas, comumente, por meio de palavras e, ainda, que normalmente sempre haverá uma boa dose de desajustes, ruídos de comunicação, percepções distintas etc., entre as ideias e as palavras que tentam expressá-las.

Relevando-se a um segundo plano a eficácia, ou não eficácia, de uma hipotética norma jurídica, como acima exposto por Kelsen, faz-se necessário, num primeiro momento, estabelecer diferenças conceituais entre princípio, norma e/ou regra. Nesse sentido, Mendes; Coelho e Branco lembram os ensinamentos de Gomes Canotilho quando afirmam:

Estabelecer as principais diferenças entre regras e princípios trata-se de uma tarefa particularmente complexa, mas que pode ser cumprida com

---

<sup>34</sup> A hermenêutica é uma área da atividade e da indagação filosófica que diz respeito à teoria e à prática da compreensão em geral, e à interpretação do significado de textos e ações em particular [...] encarada como a metodologia das ciências humanas (*Geisteswissenschaften*), aplicava-se às disciplinas ancilares da teologia, da jurisprudência e da filologia, que tentavam conhecer regras e linhas mestras para a interpretação de textos. A palavra seria cunhada apenas no século XVII, mas seu campo, a *ars interpretandi*, remonta ao início do pensamento ocidental (OUTHWAITE & BOTTOMORE, 1996:350-351).

base em cinco critérios – grau de abstração<sup>35</sup>, grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto<sup>36</sup>, caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito<sup>37</sup>, proximidade da ideia de direito<sup>38</sup> e, finalmente, natureza normogenética<sup>39</sup> (MENDES; COELHO E BRANCO, 2007:31-32).

Assim, este quarto e último capítulo trata da importância das relações tanto do princípio da eficiência, como também, do instituto da responsabilidade civil no processo evolutivo de constitucionalização das atividades notarial e de registro, e que são um reflexo da busca incessante, pelo aperfeiçoamento de nossas instituições democráticas.

#### 4.1 Responsabilidade Civil - Conceito e Breve Histórico

Na visão de diversos autores (FLACH, 2004; GONÇALVES, 2006; STOCO, 1999, 2004) o instituto da responsabilidade civil teve uma importante contribuição do direito romano. Primeiramente, na Pena do Talião, que apresentava a visão do delito prescrito no direito romano, e, posteriormente, pela evolução oferecida pela Lei das XII Tábuas, que terminou por fixar o valor da pena que deveria ser paga pelo ofensor ao sujeito ofendido.

Maior evolução do instituto ocorreu, porém, com a *Lex Aquilia*, que deu origem à denominação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual, ou seja, a chamada responsabilidade civil aquiliana, já referida. A concepção de pena foi, então, aos poucos, sendo substituída pela ideia de reparação do dano sofrido, finalmente incorporada ao Código Civil de Napoleão, que exerceu grande influência no Código Civil brasileiro de 1916 (BRITTO, 2004:1).

Marcelo Antônio Guimarães Flach nos ensina que responsabilidade civil pode ser definida como “*a efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um*

<sup>35</sup> “Grau de abstração: os princípios jurídicos são normas com um grau de abstração relativamente mais elevado do que o das regras de direito” (MENDES; COELHO E BRANCO, 2007:31).

<sup>36</sup> “Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (e.g. do legislador ou do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta” (MENDES; COELHO E BRANCO, 2007:32).

<sup>37</sup> “Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (e.g. os princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (e.g., o princípio do Estado de Direito)” (MENDES; COELHO E BRANCO, 2007:32).

<sup>38</sup> “Proximidade da ideia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional” (MENDES; COELHO E BRANCO, 2007:32).

<sup>39</sup> “Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante” (MENDES; COELHO E BRANCO, 2007:32).

*sujeito passivo da relação jurídica que se forma*” (FLACH, 2004:27). Em outras palavras, a responsabilidade civil produz o dever de indenizar o prejuízo causado, desde que exista uma relação causal entre a ação do sujeito ativo e o dano experimentado pelo sujeito passivo. Ou, como bem afirma Hans Kelsen: “[...] *entre a violação da norma secundária criada pela transação jurídica e a sanção geralmente está inserido um dever de reparar o dano causado ilicitamente*” (KELSEN, 2005:201).

O conceito de responsabilidade civil traz à mente, também, o conceito de imputabilidade como também leciona esse autor quando afirma que:

[...] A irresponsabilidade jurídica de um indivíduo é simplesmente sua não-sujeição a sanções. O termo inglês *irresponsible* (irresponsável) equivale ao alemão *unzurechnungsfähig*, que significa, literalmente, incapaz de ser um sujeito ao qual algo pode ser imputado. A palavra “imputação” carrega, é verdade, a ideia de que um evento ou outro é atribuído ou posto em conexão com certo indivíduo. Mas a imputação que está em questão aqui não é a relação entre um indivíduo e uma ação sua, mas a relação entre a sanção jurídica e a ação, e, assim, indiretamente, o próprio indivíduo atuante. O que não pode ser posto em conexão com um indivíduo juridicamente irresponsável é a sanção e não o fato que seria um delito, caso cometido por outra pessoa. O conceito de imputação refere-se à relação específica entre delito e sanção (KELSEN, 2005:134).

De acordo com Hercules Alexandre da Costa Benício, em sua obra “*Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro*”, o instituto da responsabilidade civil evoluiu, de forma significativa, ao ponto de que muitas concepções outrora consideradas como inquebrantáveis, experimentarem amplos processos de revisão. Como por exemplo, “*o entendimento de que não poderia haver responsabilidade civil sem culpa, que vê-se hoje superado por normas que claramente preveem sanção ao causador de danos independentemente de sua conduta culposa [...]*” (BENÍCIO, 2005:179).

Segundo Flach (2004), os fundamentos jurídicos costumam evoluir tanto de acordo com os anseios e práticas da sociedade civil, como também pelas regras jurídicas que procuram refletir os ideais de justiça que vigoram em uma determinada época. Assim, a responsabilidade civil evoluiu do fundamento exclusivo da culpa, considerando-se o sentido *lato*, em junção com a culpa (*strictu sensu*) e o dolo, para, nos dias atuais, considerar-se a responsabilidade objetiva, em que se leva em conta a conduta do agente, o *eventus damni* e o correspondente dever de indenizar. Nos dias atuais é possível vislumbrar-se os seguintes pressupostos e componentes da responsabilidade civil:

a) Aquele que infringe a norma; b) a vítima da quebra; c) o nexo causal entre o agente e a irregularidade; d) o prejuízo ocasionado – o dano – a fim de que se proceda à reparação, tanto quanto possível, para o reingresso do prejudicado no *status* econômico anterior ao da produção do desequilíbrio patrimonial (FLACH, 2004:28).

Ainda de acordo com Flach (2004), historicamente no Brasil o instituto da responsabilidade civil foi regulado, primordialmente, e num sentido geral, pela teoria subjetiva que leva em conta o conceito de culpa. Mas também, foi permeado pela teoria da responsabilidade objetiva, o que na prática pode ser considerado como uma hibridização.

## 4.2 Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva

Em sua obra “*Responsabilidade Civil*” Carlos Roberto Gonçalves afirma que a responsabilidade civil objetiva fundamenta-se numa imposição legal, ou seja, a norma impõe que em determinadas circunstâncias e independentemente da existência de culpa, os danos sofridos devem ser reparados (GONÇALVES, 2006).

No entanto, Marcelo Silva Britto lembra em seu artigo “*Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil*”, que o Direito Civil hodierno aplica o princípio da culpa como fundamental da responsabilidade extracontratual, porém, abre exceções para a responsabilidade por risco. Dessa forma, produz-se um sistema misto de responsabilidade (BRITTO, 2004).

Diz-se subjetiva a responsabilidade quando se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar a obrigação indenizatória. A responsabilidade do causador do dano, pois, somente se configura se ele agiu com dolo ou culpa. Trata-se da teoria clássica, também chamada teoria da culpa ou subjetiva [...] A lei impõe, entretanto, em determinadas situações, a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa. É a teoria dita *objetiva* ou do risco, que prescinde de comprovação da culpa para a ocorrência do dano indenizável. Basta haver o dano e o nexo de causalidade para justificar a responsabilidade civil do agente. Em alguns casos presume-se a culpa (responsabilidade objetiva imprópria), noutros a prova da culpa é totalmente prescindível (responsabilidade civil objetiva propriamente dita). (BRITTO, 2004:2)

A teoria da culpa, por exemplo, está prevista no Código Civil brasileiro de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), quando em seu Artigo 186 determina: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou*

*imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*” Como também no seu Art. 927<sup>40</sup>:

Porém, ainda de acordo com Marcelo Silva Britto, o legislador embora tenha sido judicioso ao aplicar o princípio da responsabilidade civil objetiva, ao incluir no Art. 927 a expressão “*independentemente de culpa*”, terminou por cometer um deslize quando, também, incluiu no referido artigo, um conceito aberto de atividade de risco. Isso termina por transferir para os magistrados e estudiosos a difícil tarefa de tentar “*definir o que efetivamente vem a ser atividade de risco, apta a justificar a obrigação de reparar o dano [...] o que certamente dará ensejo a inúmeras decisões díspares [...]*” (BRITTO, 2004:2).

Finalizando, essa lacuna da conceituação, no corpo da lei, propiciou e propiciará fortes embates doutrinários e posicionamentos nos diversos juízos e tribunais do país.

### 4.3 A Responsabilidade Civil do Estado

De acordo com Elias Sampaio Freire existem três teorias que fundamentam a responsabilidade civil do Estado, a saber:

- Teoria da culpa administrativa: que concebe, em um primeiro estágio, a relação entre a responsabilidade subjetiva, que é fundamentada na culpa, e a tese posterior que é representada pelo risco administrativo (FREIRE, 2002).
- Teoria do risco administrativo: em que exige-se tão somente da vítima que comprove a existência de um fato administrativo, a existência de dano e, finalmente, o nexo causal entre o fato administrativo e o dano (FREIRE, 2002).
- Teoria do risco integral: por essa teoria não se admite as causas excludentes da responsabilidade do Estado, em outras palavras, a responsabilidade do Estado independe de culpa ou mesmo de dolo do lesado (FREIRE, 2002).

---

<sup>40</sup> Código Civil de 2002. Artigo 927, *in verbis*: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa (grifo nosso), nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*” (BRASIL, 2002:n/d).

Esse autor também confirma a tese da teoria do risco integral ao afirmar que: “Convém salientar que alguns doutrinadores entendem que, em caso de dano nuclear, a responsabilidade do Estado dá-se pela teoria do risco integral (art. 21, XXIII, “c” da CF)<sup>41</sup>”(FREIRE, 2002:362).

A teoria do risco administrativo ou do serviço evoluiu para situação mais abrangente em favor dos lesados pelo Estado. A essa nova concepção deu-se o nome de teoria do risco integral. De acordo com essa teoria, o Estado seria responsável mesmo quando a vítima tivesse sido co-responsável ou apenas ela responsável pelo evento danoso. Não se cogitaria, nessa hipótese, de perquirição de culpa da vítima. Essa teoria é refutada por expressivas autoridades estudiosas do tema. Entendem os seus opositores que o Estado não é segurador universal, responsabilizando-se por todos os danos que os administrados venham a sofrer. O Direito brasileiro, por isso, não incorporou a teoria do risco integral, mas apenas a do risco do serviço (FARIA 2007:629).

Quando se aborda a questão da responsabilidade civil do Estado, percebe-se, num primeiro momento e de forma clara, a inexistência de um consenso entre os especialistas em relação à terminologia jurídica. Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, autor de “*Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*”, os textos dos estudiosos não apresentam uniformidade em relação à terminologia jurídica, que exprime a obrigação de indenizar possíveis danos, causados aos indivíduos, e imposta ao Estado, quando da atuação em suas mais diversas funções (CARVALHO DIAS, 2004).

Assim, são utilizadas nos textos doutrinários expressões como *responsabilidade civil do Estado*, outras vezes apenas *responsabilidade do Estado*, sem o tradicional qualificativo *civil*, além de *responsabilidade civil da Administração Pública*, ou, também, sem o qualificativo *civil*, *responsabilidade da Administração Pública*, o que revela, a um só tempo, ausência de unidade terminológica e multiplicidade de aspectos controvertidos que envolvem o tema. Ainda nesse exame, percebe-se a preferência de alguns autores pela terminologia tradicional, que se originou no âmbito do direito privado, fazendo referência à *responsabilidade civil do Estado* [...] (CARVALHO DIAS, 2004:14).

Ensina-nos Adhemar Ferreira Maciel em seu livro “*Dimensões do Direito Público*”, que nos dias atuais, em que o “*Direito Administrativo regula as relações*

---

<sup>41</sup> Art. 21, XXIII da Constituição Federal *in verbis*: Art. 21. Compete à União: [...] XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional; b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas; c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

*entre os entes públicos e particulares, não fica bem falar-se mais em responsabilidade civil do Estado*” (MACIEL, 2000:194).

Pois o adjetivo “civil” foi, outrora utilizado, em oposição ao adjetivo “criminal” para exprimir que a indenização pelo Estado era regulada pelo Código Civil. Justifica ainda sua visão, centrada mais no Direito Administrativo que no Direito Civil, afirmando que “*os entes públicos ainda que personalizados juridicamente, não são susceptíveis de cometimento de crimes*” (MACIEL, 2000:194).

Em contraposição, Hely Lopes Meirelles, em sua obra “*Direito Administrativo Brasileiro*”, demonstra sua preferência pelo uso da expressão responsabilidade civil da Administração Pública, ao invés de responsabilidade civil do Estado. Justificando-se, ao afirmar, “*como obrigação patrimonial, a responsabilidade civil, embora possa coexistir com a responsabilidade criminal e com a responsabilidade administrativa, com estas não se confunde [...]*” (MEIRELLES, 2009:546). No entendimento desse autor, a responsabilidade é um fenômeno jurídico que abrolha de atos da administração e não de atos do Estado, enquanto entidade política.

Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias até mesmo no Direito Comparado é possível observar-se a inexistência de uniformidade terminológica:

[...] a doutrina francesa, ao versar o tema, revela acentuada preferência pela utilização das expressões *responsabilidade administrativa (responsabilité administrative)*, *responsabilidade da Administração (responsabilité de l'Administration)*, *responsabilidade pública (responsabilité publique)* e *responsabilidade do Poder Público (responsabilité de la Puissance Publique)*, embora, algumas vezes, faça menção à *responsabilidade do Estado (responsabilité de l'État)*. A doutrina italiana, ao que parece, inclina-se pela expressão *responsabilidade da Administração Pública*, como se vê na obra de Renato Alessi e nos doutrinadores que o autor colaciona (A. Torrente e Francesco Garra), todos utilizando a expressão *responsabilità della pubblica amministrazione* (CARVALHO DIAS, 2004:15).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, opina de forma diversa ao lembrar que ao levar-se em consideração os “*danos resultantes de atos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é sempre do Estado, pessoa jurídica de direito público, que obrigado está a indenizá-los*” (DI PIETRO, 2004:408). Dessa forma, para essa autora, seria impróprio utilizar-se a terminologia responsabilidade da Administração Pública como preconizado por Meirelles (2009), pois a responsabilidade é, de fato, do Estado, independentemente, do Estado encontrar-se representado por meio de pessoas jurídicas públicas ou privadas, que

desempenham quaisquer de suas atribuições no âmbito das três esferas (legislativa, executiva ou judiciária).

Essa visão é reforçada por Maciel (2000:200) que embora teça seus comentários, principalmente, com foco na esfera do judiciário, os mesmos podem ser estendidos aos demais poderes e/ou entes do Estado quando afirma, por exemplo, que:

[...] Assim, a partir da nova Constituição, nossos tribunais ficarão mais à vontade para responsabilizar o Estado por não-funcionamento, mau funcionamento ou mesmo por funcionamento com atraso do Judiciário. Evidentemente, o § 6º. do art. 37 em foco não abriga a doutrina do “risco integral”, e sim a que se convencionou denominar de “risco administrativo”. Mais abrangentemente, dever-se-ia falar em “risco público”. Já não é mais ao autor da ação de indenização que cabe provar a culpa do serviço (CPC, art. 333, I). Uma vez demonstrado o *nexum* causal entre o fato do serviço e o particular, todo o ônus da prova se desloca para a entidade pública. O administrado (*lato sensu*) não tem de demonstrar que o servidor público agiu culposamente. Basta demonstrar que sofreu dano pelo simples fato do serviço público [...].

Porém, vale ainda lembrar que equívocos têm sido cometidos na prática interpretativa, como lecionam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco.

Algumas práticas interpretativas no Direito têm conduzido a equívocos notáveis, nos quais uma visão parcial do problema compromete a correta aplicação das leis e da Constituição. Entretanto, os equívocos passam a não mais ser aceitáveis quando assumem uma feição de patologia institucional. Infelizmente, é o que vem ocorrendo, desde há alguns anos, no tocante à interpretação das regras jurídicas referentes à responsabilidade civil do Estado (MENDES, COELHO E BRANCO, 2007:799).

Finalizando, neste trabalho adotar-se-á a terminologia tradicional, responsabilidade civil do Estado, tendo-se em mente tanto o preconizado no Código Civil, como também o previsto no artigo 37, § 6º do texto constitucional<sup>42</sup>.

#### **4.4 Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores**

A Lei nº 8.935 de 1994, denominada Lei dos Notários e Registradores, é o instrumento legal que disciplinou a responsabilidade civil e criminal dos notários,

---

<sup>42</sup> Artigo 37 § 6º. da CF *in verbis*: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

oficiais de registro, tabeliães e de seus prepostos, de acordo com diversos autores (BARNI, 2008; BENÍCIO, 2005; BRANDELLI, 2007; CENEVIVA, 1996,2002; DIP, 2002; ERPEN, 1999, FLACH, 2004; NALINI, 1991; NALINI E DIP, 1997; STOCO,1999,2004).

Na visão de Marcelo Antônio Guimarães Flach:

No Brasil, a maior parte da doutrina opina no sentido de que a responsabilidade desses profissionais é de natureza aquiliana, ou seja, baseada no ilícito praticado, de caráter extracontratual. A contratualidade estaria afastada porque o cliente procura o Tabelião para a elaboração de um ato que está sob suas funções (FLACH, 2004:38).

Para esse autor, é preciso que se analise, primeiramente, até onde vão as responsabilidades pelo desempenho das funções de notários e registradores. Considere-se, por exemplo, que esses indivíduos são responsáveis “*desde a preparação do ato, o assessoramento às partes, o aconselhamento, a verificação dos pressupostos subjetivos e objetivos para a lavratura do ato e para o registro, o resultado jurídico a ser alcançado com o mesmo, etc.*” (FLACH, 2004:44). Em outras palavras, é necessário que se atente para as nuances do seguinte questionamento: - Até onde vai o dever funcional do notário ou registrador?

Tome-se, como exemplo, o julgamento pelo STJ de uma ação de dano causado pelo reconhecimento indevido de uma firma falsificada<sup>43</sup>, em contraste, com a visão de Flach (2004) quando afirma, levando em conta parte do relatório exarado pelo Desembargador Cacildo de Andrade Xavier, e que consta do julgamento dos Embargos Infringentes no. 591012232 – 3º. Grupo de Câmaras Cíveis do TJRGS<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Processo: REsp 545613 / MG. RECURSO ESPECIAL. 2003/0066629-2. Relator(a): Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098).Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA. Data do Julgamento: 08/05/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 29/06/2007 p. 630 LEXSTJ vol. 216 p. 112. Ementa: PROCESSO CIVIL. CARTÓRIO DE NOTAS. PESSOA FORMAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RECONHECIMENTO DE FIRMA FALSIFICADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. O tabelionato não detém personalidade jurídica ou judiciária, sendo a responsabilidade pessoal do titular da serventia. No caso de dano decorrente de má prestação de serviços notariais, somente o tabelião à época dos fatos e o Estado possuem legitimidade passiva. Recurso conhecido e provido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro. Afirmou suspeição o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior. O Senhor Ministro Hélio Quaglia Barbosa votou com o Ministro Relator (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2007:1).

<sup>44</sup> [...] Relatório Des. Cacildo de Andrade Xavier: Vê-se, desde logo, que o serventuário ou Técnico Judiciário, em tese, não tem condições de, a olho nu, saber se a carteira de identidade é falsa ou não, vez que a confere com o padrão apresentado. [...] O cartório também foi vítima de fraude. (...). Nosso comentário: Esses foram os argumentos do recorrente, não aceitos pelo acórdão, pois nesse caso o

Porém, não pode o Tabelião ser responsabilizado se, no exame do documento a ele apresentado, através de aparelhos sofisticados, poderia perceber-se a fraude, por exemplo. Ele é um profissional que verifica os documentos a olho nu, com grande cautela, mas sem o dever de perícia técnica em cada um. Portanto, se o Tabelião diz que determinada assinatura está semelhante à que se encontra arquivada em seu ofício, e após, por perícia judicial, se demonstra que a assinatura não era da pessoa, tendo em vista alguns traços examinados no microscópio, não pode o Tabelião ser responsabilizado. A olho nu, a assinatura estava semelhante (FLACH, 2004:47).

Vale ainda ressaltar, segundo os entendimentos proferidos por diversos autores (BENÍCIO, 2005; CENEVIVA,1996,2002; FLACH, 2004; ERPEN, 2006), tanto em relação à Lei dos Registros Públicos n<sup>o</sup> 6.015/73, como da atual Lei de Protestos n<sup>o</sup> 9.492/97, que não existiram alterações relativas às responsabilidades de notários e registradores, bem como de seus prepostos, por eventuais prejuízos causados por culpa ou dolo. Porém, a legislação atual inovou ao deslocar o ônus da prova para o lado do notário e do registrador. Atualmente, esses profissionais, devem demonstrar, administrativamente ou perante juízo, que não agiram com culpa ou dolo, para não serem responsabilizados.

No entanto, Celso Antônio Bandeira de Mello enriquece o debate sobre a responsabilidade civil de notários e registradores, ao tecer relevantes comentários acerca da responsabilidade civil, no caso hipotético de haver estado de insolvência, por parte de concessionários de atividades estatais.

Pode dar-se o fato de o concessionário responsável por comportamento danoso vir a encontrar-se em situação de insolvência. Uma vez que exercia atividade estatal, conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em mãos. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Neste caso, parece indubitável que o Estado terá que arcar com os ônus daí provenientes. Pode-se, então, falar em responsabilidade subsidiária (não solidária) existente em certos casos (...). O fundamento dela está em que o dano foi efetuado por quem agia no lugar do Estado e só pôde ocorrer em virtude de estar o concessionário no exercício de atividade e poderes incumbentes ao concedente. (MELLO, 2004:699-700).

Hercules Alexandre da Costa Benício, em seu livro "*Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro*" assevera que embora notários e registradores sejam profissionais do direito que proporcionam serviço público, por delegação estatal, é preciso atentar para a distinção entre serviços delegados e

---

Tabelião obrou com culpa, tendo em vista a grande disparidade da assinatura lançada, e por tratar-se de pessoa jurídica outorgante, não exigiu, quando deveria, os atos constitutivos (FLACH, 2004:47).

àqueles prestados por agentes públicos, para buscar-se um enquadramento perfeito no disposto no § 6º. do artigo 37 da Constituição Federal de 1988<sup>45</sup> (BENÍCIO, 2005).

No primeiro caso considerado, o de prestação de serviços na forma delegada, a responsabilidade seria então direta exclusiva e objetiva, o que também ensejaria uma eventual responsabilidade subsidiária por parte do Estado. Na segunda hipótese, a de prestação de serviços por parte de agentes públicos, a responsabilidade, adquiriria o caráter subjetivo, em que há pressuposição de dolo ou culpa (BENÍCIO, 2005).

Segundo Marcelo Antônio Guimarães Flach:

Muitos autores afirmam que esses profissionais deveriam responder objetivamente, colocando como argumento o artigo 37, parágrafo 6º. da Constituição Federal [...] Porém, os Tabeliães e Registradores não são pessoas jurídicas de direito público e nem pessoas jurídicas de direito privado, não se enquadrando na letra do referido dispositivo. Um dos argumentos utilizados é a semelhança que a função desses profissionais tem com a das pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos. A semelhança já por si nega a igualdade (FLACH, 2004:49).

Ainda de acordo com esse autor, mesmo se usando a analogia para o caso exposto, chega-se diante de um obstáculo, imposto por um princípio que rege o instituto da responsabilidade civil, a de que a responsabilidade objetiva deve ser expressamente prevista como tal. Isso tanto é aplicado em nosso sistema jurídico, como também pode ser visto no Direito Comparado, como nos princípios vigentes em Portugal, por exemplo, e ainda afirma que:

A doutrina do direito administrativo faz referência à teoria do risco administrativo no serviço público, mas esse entendimento não pode ser estendido aos notários e registradores. Eles respondem, sim, de forma direta, perante terceiros usuários do serviço. O artigo 22 da Lei 8.935/94 quis expressar isso; nos atos praticados pelos prepostos, quem responde é o oficial, e tem contra si a presunção da culpa.[...] A esses oficiais foi atribuído o dever de demonstrar que não lhes são imputáveis o dolo ou a culpa. E esse entendimento também conforta o da maior parte da jurisprudência (FLACH, 2004:52).

Hercules Alexandre da Costa Benício ao discorrer sobre a extensão da responsabilidade de notários e registradores lembra ainda que:

---

<sup>45</sup> Parágrafo 6º. do Artigo 37 da CF *in verbis*: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa [...]

A extensão da responsabilidade dos titulares não-oficializados das serventias extrajudiciais está intimamente relacionada com a importância dos poderes jurídicos a si atribuídos. As funções notariais e de registro, lastreadas no dever ético da verdade e depositárias da fé pública, contribuem com a manutenção da segurança jurídica e da paz social, constituindo-se tabeliães e registradores em confidentes de seus concidadãos, regulando suas relações jurídicas e inibindo a conflituosidade (BENÍCIO, 2005:229).

Sob esse enfoque, é necessário levar-se em consideração que, quanto mais relevante for a atividade profissional desenvolvida, maior deve ser o rigor sob o instituto da responsabilidade. *“A falta praticada por um cartorário não se limita a causar dano pessoal ao utente do serviço. Com efeito, ocorrerá repercussão social da falta cometida, com desprestígio de todo o serviço delegado [...]”* (BENÍCIO, 2005:228-229).

Para alguns autores (BENÍCIO, 2005; FLACH, 2004; MACIEL, 2000), a falta de uma delimitação mais explícita no arcabouço legal, faz com que surjam diversas teses acerca da responsabilidade civil de notários e registradores. É o caso, por exemplo, em que Melo (1982 *apud* BENÍCIO, 2005), defende a tese de limitar a responsabilidade civil desses profissionais aos denominados “atos de autoridade”<sup>46</sup>.

Sob essa ótica, ressalte-se ainda que emitida antes do texto constitucional de 1988 e, também, da Lei dos Notários e Registradores (Lei nº 8.935 de 1994), os notários e registradores não deveriam ressarcir possíveis danos decorrentes dos “atos de vontade das partes”<sup>47</sup>. Por exemplo, quando da lavratura de escritura de venda de ascendente a descendente, conforme normatizado pelo Código Civil de 1916, em seu artigo 1.132 e, também, pelo art. 496 do Código Civil de 2002; sem o devido comparecimento dos demais herdeiros. Melo (1982 *apud* BENÍCIO, 2005) defende esse posicionamento ao lembrar que a obrigação de informar a existência de quaisquer descendentes seria, no caso, do ascendente vendedor.

---

<sup>46</sup> “Atos de autoridade são aqueles defesos em lei ou fraudulentos, que viciam o ato jurídico e cujo desconhecimento não poderia o tabelião alegar, visto que necessariamente verificável [...]” (MELO, 1982:262). Esse autor parte da premissa de que o regime de responsabilidade de notários é informado pela culpa presumida pelo constante no CPC, art. 364, de que os tabeliães são investidos de fé pública e seus atos válidos *juris tantum*, em que se presume que sejam verdadeiros até prova em contrário (BENÍCIO, 2005:231-232).

<sup>47</sup> “Atos de vontade das partes são aqueles praticados pelos tabeliães, não proibidos em lei, e que, no entanto, por uma particularidade qualquer, tornam nulo ou anulável aquele específico e determinado ato; em outras palavras, o ato seria perfeitamente legal se não ocorresse, naquele caso específico, uma particularidade que o vicia [...]” (MELO, 1982:262 *apud* BENÍCIO, 2005:231).

Nesse ponto, vale retomar e aprofundar, um pouco mais, a discussão sobre interpretação e hermenêutica, conforme exposto nas notas introdutórias desse capítulo e considerar as afirmações da doutrina por parte de Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, quando afirmam:

Fenômenos culturais ou realidades significativas, as chamadas coisas do espírito – entre as quais se encontra o direito –, enquanto objetos de conhecimento diferem radicalmente dos fenômenos físicos, porque em relação a estes as verdades obtidas resultam, necessariamente, do estudo da realidade por um método empírico-dedutivo, tendo a explicação como ato gnosiológico [...] No mundo ético, diversamente, o descumprimento das normas não constituirá disposição em contrário, pois enquanto as leis físicas, como sínteses de uma dada experiência, exprimem só o que é, aquilo que efetivamente acontece, a leis morais não recebem as suas verdades das condutas que tentam regular, porque não expressam o que é, mas apenas o que deve ser. Nos domínios da ética, em geral, e do direito, em particular, pelo menos em linha de princípio, a eficácia não é condição de validade (MENDES; COELHO E BRANCO, 2007:46-47).

Em relação à possibilidade de interpretação, da responsabilidade civil do tabelião, sob a dicotomia de interpretação entre os atos de autoridade *versus* atos de vontade das partes, Nalini (1991 *apud* BENÍCIO 2005:232), explica que:

O notário é um profissional qualificado, a quem incumbe receber, interpretar e dar forma legal à vontade das partes, redigindo os instrumentos adequados a este fim, conferindo-lhes autenticidade, conservar os originais destes e expedir cópias que deem fé de seu conteúdo. No cumprimento dessa função, é responsável pela escritura à qual não comparece a integralidade dos descendentes, na hipótese do art. 1132 do estatuto civil. Como não pode deixar de averiguar se as partes que se declaram solteiras ainda conservam esse estado civil [...] O notário tem o dever de elucidar e proteger os particulares, presumidamente incompetentes e inexperientes em matéria jurídica. Tem o dever de verificar os fatos e condições intrínsecas do ato, pois habilitado e credenciado a tanto.

Para Benício (2005), ao analisarmos as decisões emanadas da Suprema Corte, em relação ao instituto da responsabilidade civil de notários e registradores, percebemos a existência de uma antinomia jurídica<sup>48</sup>, no que afirma que:

Trata-se de duas regras constitucionais dirigidas aos órgãos judiciários das quais a primeira (§ 6º., *in fine*, do art. 37) pode ser formulada deste modo: “Os juízes *não devem* responsabilizar o notário ou registrador que não tenha agido culposa ou dolosamente”; e a segunda (§ 1º. do art. 236 – regulado pelo art. 22 da Lei 8.935/1994 -, bem como o início do § 6º. do art. 37): “Os juízes *devem* responsabilizar notários e registradores

---

<sup>48</sup> “Situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material)” (BOBBIO 1999:88 *apud* BENÍCIO 2005:236).

objetivamente, mesmo que não tenham agido com culpa ou dolo” (BENÍCIO, 2005:237).

Segundo Mendes; Coelho e Branco (2007:49):

[...] os intérpretes da lei estão sujeitos ao nó górdio da compreensão normativa que reside nessa antinomia entre o abstrato e o concreto e que, por isso mesmo, obriga o aplicador do direito a trazer para a sua situação histórica e para sua condição de sujeito por ela afetado uma norma que é enunciada sempre em termos genéricos e a partir de supostos típicos.

Infere-se, dessa maneira, que a norma termina por ser, naturalmente, o produto de um processo de interpretação jurídico que incorre sobre um determinado enunciado linguístico (preceito).

Deve-se considerar, a priori, que a interpretação da Constituição e das demais Leis, seja um processo salutar para qualquer Estado. Hans Kelsen, em sua obra “*Jurisdição Constitucional*” lembra que:

Ora, é funesto, para os cidadãos, que uma lei seja declarada ora constitucional, ora inconstitucional, e a questão da constitucionalidade das leis interessa não apenas aos partidos, mas a todos os cidadãos. Admitir a incerteza sobre esse ponto é consentir a ruína da Constituição (KELSEN, 2007:193).

O Quadro 4.1 – Tipologias da Interpretação das Leis, mostra uma sinopse das principais tipologias de interpretação das leis – interpretação gramatical, declarativa, restritiva, extensiva, autêntica, lógica ou racional, histórica e, por fim, sistemática; de acordo com as descrições fornecidas por diversos autores (FERRARA, 1978; MAZOTTI, 2010; PORTO DE CARVALHO, 1997).

Muito embora, tanto o ordenamento como o sistema jurídico, na prática, não consigam apresentar uma coerência perfeita, “[...] *é incontestável que a coerência significa mero ideal a ser constantemente perseguido porque, tomado como produto histórico e em permanente desenvolvimento, o Direito não permite a si próprio eliminar de forma definitiva suas contrariedades e contradições [...]*” como afirma Ricardo Regis Laraia (apud LOTUFO, 2007:186), há de se buscar, sempre que possível, reduzir ao máximo as contradições e antinomias jurídicas.

Na situação brasileira, deve-se levar em conta que o Congresso Constituinte legou às futuras gerações de legisladores uma árdua missão. De acordo com José Tarcízio de Almeida Melo: “*o doutrinador Pinto Ferreira, contabilizou 130 leis ordinárias e 33 leis complementares que a Constituição previu, para jogar com o*

tempo [...] O jurista Saulo Ramos contou 41 leis complementares e 285 leis ordinárias a serem editadas pelo Congresso” (ALMEIDA MELO, 2008:595).

#### Tipologias da Interpretação das Leis

**Interpretação Gramatical** – Embora a Escola da Exegese tenha por vezes considerado a possibilidade de utilização excepcional do método lógico-jurídico de interpretação, imperava a defesa da interpretação gramatical do direito como mecanismo que, em termos kantianos, não produziria entendimento novo, mas analiticamente apenas extrairia o significado contido nas palavras da lei. Portanto, qualquer outra forma de compreensão cujo significado ficasse além ou aquém dos significantes verbais seria considerada espúria, mesmo que fosse fiel à equidade (MAZOTTI, 2010:14)

**Interpretação Declarativa** - É implementada quando há concordância entre o signo de linguagem e o significado a ele atribuído (FERRARA, 1978)

**Interpretação Restritiva** - Ocorre quando o legislador, a despeito de haver exprimido em forma genérica e ampla, quis referir-se a uma classe de relações. São exemplos de interpretação restritiva [...] 1º. Se o texto, entendido no modo tão geral como está redigido, viria a contradizer outro texto de lei; 2º. Se a lei contém em si uma contradição íntima (é o argumento *ad absurdum*); 3º. Se o princípio, aplicado sem restrições, ultrapassa o fim para que foi ordenado. Dessa forma, cabe ao intérprete reduzir o sentido do enunciado normativo (FERRARA, 1978)

**Interpretação Extensiva** - Visa corrigir uma formulação estreita em demasia. Ocorre, por exemplo, quando o legislador faz constar da lei um elemento que designa espécie, quando queria aludir ao gênero, ou formula para um caso singular um conceito que deve valer para toda uma categoria. Ao intérprete cabe elastecer o sentido do enunciado normativo (FERRARA, 1978)

**Interpretação Autêntica** - No âmbito do Direito Constitucional, a denominada interpretação autêntica (a que é feita pelo próprio órgão de que emanou o ato normativo) só é viável quando uma nova lei constitucional, mediante o processo de revisão ou emenda, vier a fixar o sentido de uma norma constitucional, mesmo porque uma lei interpretativa da Constituição poderia conter uma interpretação inconstitucional (FERRARA, 1978).

**Interpretação Lógica ou Racional** - Esse tipo de interpretação conta com as seguintes técnicas: a) mediante raciocínios lógicos, estuda-se a norma, analisando os vários termos da lei, combinando-os entre si, com o objetivo de atingir uma perfeita compatibilidade; b) a *ratio legis* consagra, necessariamente, os valores jurídicos dominantes e deve prevalecer sobre o sentido literal da lei, quando em oposição a este (PORTO DE CARVALHO, 1997).

**Interpretação Histórica** - Na interpretação histórica deve-se utilizar as seguintes técnicas: a) pesquisa de documentos históricos como os projetos e anteprojetos de lei, mensagens e exposições de motivos, debates parlamentares; pareceres, relatórios, votos, emendas e justificações; b) pesquisa dos fatos e circunstâncias que deram origem à lei, motivos econômicos e razões políticas; c) pesquisa a história do Direito anterior; especialmente, a evolução dos institutos jurídicos; d) essas pesquisas são consideradas como subsídios para se descobrir as razões históricas da lei (PORTO DE CARVALHO, 1997)

**Interpretação Sistemática** - Nesse tipo de interpretação deve-se atentar para: a) examinar a norma na íntegra e também todo o Direito; b) é preciso comparar o dispositivo legal com outros afins, que compõem o mesmo instituto jurídico, e com outros referentes a institutos análogos; c) deve-se confrontar a norma com outras normas de igual ou superior hierarquia, com os Princípios Gerais do Direito, com o Direito Comparado, enfim, com o conjunto do sistema; d) resumindo, deve-se descobrir o espírito do sistema e captar o sentido da norma adaptada a esse espírito; e) chama a atenção para a supremacia constitucional como também para a hierarquia existente entre as leis quando se vai solucionar problemas de conflitos e antinomias; f) deve-se observar sempre a coerência e a harmonia do sistema legal (PORTO DE CARVALHO, 1997)

**Quadro 4.1 – Tipologias da Interpretação das Leis. Fonte: Diversos Autores (FERRARA, 1978; MAZOTTI, 2010; PORTO DE CARVALHO, 1997).**

Finalizando, seria, no mínimo, uma considerável dose de ingenuidade, acreditar que diante de tarefa tão complexa não se criassem contradições, ou mesmo, antinomias jurídicas.

#### **4.5 As Consequências da Constitucionalização das Atividades Notarial e de Registro e a Relação com o Princípio da Eficiência e a Responsabilidade Civil**

A inclusão do princípio da eficiência no texto constitucional brasileiro não pode ser considerada um remédio perfeito, capaz de resolver todos os problemas da Administração Pública e dos cidadãos, que em suma, são ao mesmo tempo os entes carentes e, também, beneficiários dos serviços públicos.

É preciso considerar que o Estado contemporâneo aparenta enfrentar uma situação paradoxal entre o utilitarismo positivo e o utilitarismo negativo, como colocado por Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer.

[...] utilitarismo negativo: em vez de visar a maior felicidade possível do maior número, como o faz o utilitarismo positivo (como se pode universalizar a felicidade?, o que se sucede com os infelizes?), aquele princípio contenta-se em exigir a máxima redução possível de infelicidade, isto é, deve procurar-se atingir uma medida de infelicidade tão reduzida quanto possível, devendo aliviar-se ao máximo o fardo daí decorrente (KAUFMANN E HASSEMER, 2009:200).

Como exemplo considere a difícil tarefa do legislador nacional em fixar todos os anos o valor do salário mínimo. Neste caso específico parece ser útil a noção de utilitarismo negativo, pois o que aumentaria a felicidade de muitos - os trabalhadores - necessariamente não aumentaria a felicidade da classe patronal e de diversos segmentos do governo - tesouro nacional, planejamento, orçamento e finanças -, assim colocado torna-se mais fácil buscar a maior redução possível de infelicidade do que a maior felicidade possível do maior número de pessoas.

De forma análoga, poder-se-ia pensar em uma visão utilitarista negativa e uma positiva em relação à eficiência, não somente da Administração Pública, mas, também, de todo o sistema de normas. Se o Direito é bom, a organização do Estado é boa e, conseqüentemente, a produção também. Mas no mundo das democracias contemporâneas é preciso atentar para visões que ultrapassam as fronteiras das ciências jurídicas, e que nos colocam diante de novos paradoxos tais como a

globalização, a formação de blocos econômicos, as crises econômicas internacionais, etc.

[...] o governo nacional tornou-se pequeno demais para responder às grandes questões – como a influência da concorrência econômica global ou a destruição do meio ambiente; porém, grande demais para lidar com as pequenas questões [...] Ao mesmo tempo que houve um encolhimento do poder dos governos em relação às questões globais, as autoridades políticas também se distanciaram da vida da maioria dos cidadãos. Muitos cidadãos ficam indignados com o fato de que as decisões que afetam suas vidas sejam tomadas por “intermediários do poder” – funcionários a serviço do partido, grupos de interesse, lobistas e servidores burocratas (GIDDENS, 2005:347-350).

A ciência política também nos ensina que legisladores e agentes públicos encontram-se, normalmente, em um ambiente de disputas ideológicas e de poder que, necessariamente, não refletem os anseios da sociedade como um todo, como descrevem Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Spink, organizadores do livro *“Reforma do estado e administração pública gerencial”*.

Muitos dos problemas que surgem quando se criam instituições do Estado devem-se ao fato de os políticos eleitos e os burocratas nomeados terem interesses e objetivos próprios. Não digo que todos os funcionários públicos sejam motivados por interesses particulares. Sei que há muitos que se preocupam com o bem-estar público; na verdade, temos bons motivos para crer que muitos funcionários ingressam no serviço público porque desejam servir à população. O funcionamento das instituições, entretanto, não pode depender da boa vontade de quem trabalha nelas (PEREIRA E SPINK, 1998:40).

Tome-se como exemplo as contendas judiciais e doutrinárias acerca da condição de servidor público de notários e registradores para certos efeitos, como bem lembra Hercules Alexandre da Costa Benício.

Muito embora haja divergência doutrinária relativamente à natureza pública ou privada dos serviços notariais e de registro, mesmo antes da publicação da Lei 8.935/1994, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já firmara entendimento de que os titulares de serventias extrajudiciais são detentores de delegação de serviço público [...] Para outros, anteriormente em minoria, notários e registradores não devem ser enquadrados como servidores públicos, sendo particulares que, por delegação, exercem a função pública que lhes foi cometida, tal como o fazem leiloeiros, tradutores, permissionários e concessionários de serviços públicos (BENÍCIO, 2005:147-150).

Disputas ideológicas, de poder e, também, interesses econômicos conflitantes, normalmente, exigem maior criatividade, originalidade e efetiva capacidade dos legisladores e demais agentes públicos, em não somente criar um sistema de normas e procedimentos, que visem à responsabilidade pública e ao bem público, mas também, um Estado e uma Administração Pública virtuosas,

eficientes, que mereçam a confiança da sociedade e que possuam consciência de suas responsabilidades, como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Um dos pilares do moderno Direito Constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-lo. Sem embargo, a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas (MELLO, 2004:879).

Como visto anteriormente no título 3.4 Processo de constitucionalização das atividades, desde a Constituição de 1934, os legisladores vêm avançando no aperfeiçoamento do sistema de normas, que regulam as atividades notarial e de registro em nosso país.

Na visão de Leonardo Brandelli em seu livro *“Teoria Geral do Direito Notarial”*, tanto o artigo 236 da Constituição Federal de 1988, como a Lei nº 8.935/94 trouxeram inovações importantes para o Direito Notarial, dentre elas:

[...] Trata-se da correta designação técnica do titular da função notarial, definida pela Lei nº 8.935/94: **tabelião** ou **notário** (grifo nosso) [...] É fato pitoresco, mas até hoje muitas pessoas não sabem quem é o titular da função notarial: chegam ao tabelionato reclamando pelo escrivão, pelo oficial, pelo oficial maior, pelo dono, mas raramente pelo tabelião ou pelo notário. O que era grave, porém, é que no mundo jurídico havia desconhecimento acerca do titular da função notarial, existindo normas que a ele se referiam como escrivão ou oficial, e, neste ponto, a nova lei deu o norte correto: o profissional delegado da função notarial é o notário ou tabelião [...] (BRANDELLI, 2007:48).

Já em termos materiais, propriamente considerados, a principal inovação é que *“principliou por extinguir a discussão até então existente acerca de ser o notário ou não funcionário público. Em seu art. 3º, asseverou ser o notário, bem como o registrador, agente delegado do Poder Público [...]”*(BRANDELLI, 2007:48).

Mais um avanço foi a jurisprudencial assentada na Corte Suprema, no julgamento da ADI 2602<sup>49</sup>, em relação ao caráter privado no exercício das atividades

<sup>49</sup> Cite-se a **Ementa**: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 055/2001 DO COREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NOTÁRIOS E REGISTRADORES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INAPLICABILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios --- incluídas as autarquias e fundações. 2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público --- serviço público não-privativo. 3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores

notarial e de registro e, vários desdobramentos em razão desse entendimento. Vale ressaltar, que o debate a respeito do tema foi discutido com exegese lógica e sistemática, o que redundou na mudança do entendimento há muito assentado naquela Corte.

Além disso, podem ser citados outros pontos importantes contemplados pela Lei nº 8.935/94, como por exemplo, o relativo à questão da capacitação jurídica necessária para que o indivíduo possa exercer a função de notário<sup>50</sup>. Em relação à habilitação em concurso público de provas e títulos, percebe-se claramente um forte alinhamento com o princípio da eficiência.

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, os cartórios, ainda possuíam o instituto de transmissão da titularidade por meio do regime de hereditariedade. A Constituição Federal de 1988, mais uma vez, determinou a obrigatoriedade de concurso público para o cargo.

Considera-se a Carta do “Achamento” do Brasil, escrita por Pero Vaz de Caminha, o marco do exercício das atividades notariais e registras no país. Enquadrados no modelo de notariado latino, esses serviços originaram-se na comunidade sob o regramento das Ordenações Filipinas (1603), que moldaram a organização do notariado brasileiro até após a Independência. Com a consolidação do Direito Imobiliário, por meio da Lei da Terra, de 1850, em substituição às sesmarias, e a criação do Código Comercial Brasileiro, também nesse ano, as funções notariais e registras, acompanhando a evolução do direito e das instituições, sofreram transformações. A partir de 1851, esses serviços passaram a ser fiscalizados pelo Poder Judiciário [...] (RIBEIRO, 2009:6).

O instituto da hereditariedade, outrora existente, era uma verdadeira afronta aos fundamentos do princípio da eficiência, principalmente, no tocante às relações entre o princípio da eficiência e a imparcialidade, neutralidade e transparência conforme discutido no tópico 2.3 - O Princípio da Eficiência e a Tríade Imparcialidade, Neutralidade e Transparência desta dissertação; bem como, ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, como bem assevera Celso Antônio Bandeira de Mello.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem

---

públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 --- aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (STF, 2006:1).

<sup>50</sup> Lei nº 8.935/94 art. 14 *in verbis*: “A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos: I – habilitação em concurso público de provas e títulos; ... V – diploma de bacharel em direito [...]” (BARNI, 2008:73).

manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social [...] (MELLO, 2004:87).

Em História e Ciência Política, a hereditariedade é bem compreendida quando aplicada aos regimes monárquicos, por ocasião da sucessão do trono. Porém, em um Estado Democrático de Direito, este instituto parece-nos inconciliável quando se trata de acesso aos cargos públicos.

Ainda no Brasil Império a Princesa Izabel já demonstrava a preocupação do governo brasileiro em relação à forma de provimento dos cargos dos oficiais das Províncias, como pode ser percebido no texto do Decreto número 3.322, datado de 14 de julho de 1887.<sup>51</sup>

Vale lembrar o que lecionam sobre Direito e Moral, considerando o viés da teoria analítica do direito<sup>52</sup>, Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer.

A teoria analítica de direito concebe o direito, como se viu, de acordo com o seu conceito, como um sistema empírico-social de regras, tornando, deste modo, o conceito de direito acessível a uma perspectiva a-valorativa, ou seja, exclusivamente descritiva. Por isso, é atribuído caráter jurídico a uma lei francamente imoral, como, por exemplo, as leis racistas nacional-socialistas, uma vez que uma teoria jurídica “positiva” inclui, com o seu conceito muito abrangente de direito, também um direito injusto. Deste modo, este princípio teórico está em conflito com as teorias de direito natural da tradição tomista, para as quais o conceito de direito claramente não abrange todo o direito estabelecido positivamente, mas antes apenas o direito adequado (justo), sendo as leis positivas reconhecidas como válidas

---

<sup>51</sup> DECRETO Número 3322, de 14 de julho de 1887: Determina que os officios de Justiça sejam providos nas Provincias pelos respectivos Presidentes mediante concurso. A Princeza Imperial Regente, em Nome de Sua Magestade o Imperador o Senhor D. Pedro II, Ha por bem Sanccionar e Mandar que se execute a Resolução seguinte da Assembléa Geral: Art. 1º Serão providos nas Provincias pelos respectivos Presidentes, mediante concurso, segundo a legislação em vigor mas restringidos os prazos á metade, os officios: § 1º De Tabelliães do publico, judicial e notas, Escrivão de orphãos, dos Feitos da Fazenda, do Jury, execuções criminaes e da Provedoria; § 2º De officiaes do registro de hypothecas nos logares em que por decreto for creada a serventia privativa, segundo a respectiva legislação; § 3º De Contadores, Distribuidores, Partidores, Avaliadores e Porteiro dos Auditorios. Art. 2º Serão igualmente nomeados pelos mesmos Presidentes os Promotores e Solicitadores de Capellas e Residuos os Curadores Geraes de orphãos e ausentes, e Depositarios publicos. Art. 3º Ficam revogadas as disposições em contrario. Samuel Wallace Mac-Dowell, do Conselho do mesmo Augusto Senhor, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça, assim o tenha entendido e faça executar. Palacio do Rio de Janeiro em 14 de Julho de 1887, 66º da Independencia e do Imperio. PRINCEZA IMPERIAL REGENTE. Samuel Wallace Mac-Dowell. Chancellaria- mór do Império (BRAZIL, 1889:227).

<sup>52</sup> A teoria analítica do direito, na tradição inglesa de Bentham (1748-1821), passando por J. Austin (1790-1859), até Kelsen (1881-1973) e H. L. A. Hart (nascido em 1907) é uma orientação integrada na chamada teoria positivista do direito, cuja fundamentação se deve a Hobbes (1588-1678). No âmbito da moderna teoria positivista do direito pode distinguir-se entre as orientações sociológica, psicológica e lógico-analítica. Comum a qualquer destas orientações é que concebem o direito, escrito ou não-escrito, como existente nas relações de vida da realidade social, ou seja, dado positivamente e só por isso acessível a uma análise [...] (KAUFMANN E HASSEMER, 2009:369).

apenas quando não contrariem princípios fundamentais da ética (KAUFMANN E HASSEMER, 2009:375-376).

Ressalte-se ainda, que a nossa herança colonial, fermentou e, ainda fermenta, fenômenos como o patrimonialismo e o clientelismo como visto nos tópicos 1.4 – Relação Estado *versus* Sociedade no Brasil; 1.5 – O Estado Brasileiro e, 1.6 – Espírito de Aventura, Patrimonialismo e Clientelismo - um Breve Histórico de nossa Herança Ibérica. Tome-se, por exemplo, uma rápida análise de uma lei editada em nosso país, ainda no século XIX (11 de outubro de 1827), e que regulamentava o provimento dos ofícios da Justiça e Fazenda, no que comenta Leonardo Brandelli:

[...] a simples mudança da natureza jurídica do cargo atribuído (a passagem do regime de propriedade para o de serventia vitalícia) muito pouca influência teria no tratamento jurídico do Notariado: até os anos muito recentes a venalidade (dissimulada, embora) dos ofícios da Justiça, do Notariado, sobretudo, continuou; persistiu, embora do mesmo modo dissimulado, o regime de sucessão, a transmissão do cargo de pai para filho. E ainda permanece, nos dias fluentes, a outorga do status de titular nas serventias notariais [...] a cidadãos totalmente jejunos em matéria jurídica (BRANDELLI, 2007:39).

Um segundo ponto importante relativo aos avanços promovidos pela Lei dos Notários e Registradores é comentado por Mariangela F. Ariosi, em seu artigo intitulado “*Aposentadoria do notário e registrador à luz da jurisprudência do STF*” em relação à vacância.

Estabelece a LNR, em seu art. 39, que a vacância ocorre por invalidez, pela aposentadoria facultativa, morte, perda da delegação (art. 35) e pelo não-cumprimento da gratuidade, nos casos estabelecidos em lei. Registre-se que o rol do art 39 é meramente exemplificativo, haja vista o esquecimento do legislador de incluir, como uma das causas de vacância, a remoção. Neste sentido, cumpre lembrar que existem duas formas de concurso: de ingresso e de remoção (ARIOSI, 2008:1).

A lei estabelece que deverá ser realizado concurso de ingresso tão logo o cartório esteja vago e sem um titular concursado, por um período maior que seis meses. Como também, que o concurso será composto de prova escrita e de títulos. Há também o instituto do concurso de remoção, que se destina aos notários e registradores que já pertencem ao quadro, ou seja, aos profissionais concursados que já são titulares atuantes em um dos serviços extrajudiciais de seus respectivos Estados (ARIOSI, 2008).

O concurso de remoção permite, portanto, uma promoção do titular de cartório em sua carreira. Ocorre que, se o titular de um cartório é "removido" para outro cartório, ele deixa pra trás o seu antigo, que será ocupado pelo Responsável pelo Expediente – RE –, que não é concursado. Com a remoção, a titularidade do antigo cartório fica vaga. Em suma, da mesma forma que a remoção é forma de vacância, também é de provimento (ARIOSI, 2008:1).

Percebe-se que o concurso de remoção também prima pelo princípio da eficiência, ao possibilitar a promoção dos titulares de cartórios por meio do instituto do concurso público, em que se busca alcançar a meritocracia.

---

#### Emendas Constitucionais

Emenda 20, de 15.12.1998, que promoveu a Reforma da Previdência e tinha como objetivo aumentar a eficiência econômica do sistema, minimizando o déficit enfrentado pela Previdência Social.

Emenda Constitucional 25, de 14.02.2000, que estabeleceu limites para as despesas do Poder Legislativo Municipal.

Emenda Constitucional 41, de 19.12.2003, que trouxe novas mudanças à Previdência Social, inclusive a tributação dos inativos.

Emendas Constitucionais 42 (19.12.2003) e 44 (30.06.2004) que modificaram parcialmente o Sistema Tributário Nacional.

Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, conhecida como Reforma do Poder Judiciário e que teve como objetivo garantir maior eficiência para aquela importante instituição do Estado Democrático de Direito.

Emenda Constitucional 47, de 05.07.2005, que realizou mais uma reforma na Previdência Social.

#### Leis

Lei 9.637, de 15.05.1998, que trata das organizações sociais.

Lei 9.790, de 23.03.1999, que disciplina as organizações da sociedade civil de interesse público.

Lei Complementar 96, de 31.05.1999, que disciplinou os limites das despesas com pessoal.

Lei 9.801, de 14.06.1999, que dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa.

Lei Complementar 101, de 04.05.2000, que trata da responsabilidade na gestão fiscal.

Lei 11.079, de 30.12.2004, que institui normas para a contratação de parceria público-privada.

**Quadro 5.1 – Emendas Constitucionais e Leis Embasadas no Princípio da Eficiência. Fonte: DIAS (2008:90).**

Para Jefferson Aparecido Dias, não somente os sistemas de normas relativas às atividades notarial e de registro sofreram profundas alterações, embasadas, principalmente, no princípio da eficiência quando do advento da Emenda Constitucional nº. 19/98. Outras inovações constitucionais também produziram tal efeito (vide Quadro 5.1 – Emendas Constitucionais e Leis Embasadas no Princípio da Eficiência, na página anterior).

Muito embora, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, tal opinião possa ser relativizada quando este autor afirma que:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram o texto [...] (MELLO, 2004:111-112).

De fato, é necessário levar-se em conta, que existem inúmeras dificuldades em ciências sociais para se conseguir estabelecer correlações positivas, como por exemplo, se o princípio da eficiência, ou mesmo, o princípio da boa administração como o utilizado pelo Direito italiano, são realmente os verdadeiros propulsores das Emendas Constitucionais e Leis elaboradas durante e após a edição da EC nº. 19/98.

O fato é que os legisladores nacionais têm procurado, paulatinamente, melhorar a eficiência da Administração Pública, pela edição de normas que coíbem os abusos e vícios que perduraram por décadas em nosso país, ampliando, inclusive, a integração entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo.

Uma dessas transformações, de acordo com Leonardo Brandelli, é que a legislação notarial brasileira<sup>53</sup> pode ser considerada como “*vasta, bem elaborada sob a ótica jurídica, e agremiada, ainda que não sob a forma codificada [...]*” (BRANDELLI, 2007:114). No plano federal tem-se:

- Lei federal nº. 8.935, de 18 de novembro de 1994, que terminou por regulamentar, em alguns de seus aspectos, o art. 236 da CF 1988.
- Lei nº. 10.169, de 29 de dezembro de 2000, que trata das normas gerais para fixação dos emolumentos notariais e registrais.
- Lei nº. 7.433, de 18 de dezembro de 1985 e Decreto nº. 93.240, de 9 de setembro de 1986.

Alem disto, no arcabouço jurídico nacional também existem leis estaduais que contemplam as atividades notariais (Lei nº. 8.938, de 20 de dezembro de 1989, do Estado do Rio Grande do Sul e Lei nº. 11.331, de 26 de dezembro de 2002, do Estado de São Paulo).

Como abordado anteriormente no tópico 4.4 – Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores, é necessário considerar que a responsabilidade civil de notários e registradores, sofre a influência de duas correntes doutrinárias distintas. A primeira delas, é a da responsabilidade objetiva; muito embora, boa parte da jurisprudência firmada no Brasil, inclina-se pela aplicação da segunda corrente, a da teoria subjetiva, como leciona Henrique Bolzani, autor de “*A responsabilidade civil dos notários e dos registradores*”.

---

<sup>53</sup> Na legislação brasileira, pode-se afirmar que grande parte das disposições da disciplina notarial precisa ser buscada fora da legislação notarial propriamente dita, por estarem tais disposições incorporadas a outros corpos legislativos (BRANDELLI, 2007:115).

[...] quando o art. 22 da Lei nº. 8.935/94 estabelece que “os notários e os oficiais de registro responderão pelos danos que ele e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios de serventia”, sem definir se a responsabilidade será objetiva ou subjetiva, bem como quando estabelece estar “assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos”, prevendo, assim, que esta responsabilidade será subjetiva, quer inferir, o mencionado art. 22, que, ao não fazer previsão sobre a forma de responsabilidade no primeiro caso e dizer que ela será subjetiva no segundo, a responsabilidade civil dos notários e registradores será objetiva (BOLZANI, 2007:75).

Neste ponto, vale lembrar os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello, quando afirma:

De há muito os Tribunais brasileiros invocavam a responsabilidade objetiva do Estado, mencionando-a como se fora o fundamento de Direito Positivo que lhes supedita as decisões. Vale dizer, tomam por estribo o preceptivo constitucional (atual art.37, § 6º.) atribuindo-lhe o intuito de acolher como regra de nosso Direito a responsabilidade objetiva. Inobstante, em grande número de casos, apesar desta invocação, o que fazem é aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva em sua modalidade “falta de serviço” (ou “culpa de serviço”) [...] (MELLO, 2004:921).

Em outras palavras, ainda de acordo com este autor, após o exame dos fundamentos que alicerçam inúmeras decisões de nossos Tribunais, percebe-se facilmente que os mesmos aduzem como prova do que decidem a teoria da responsabilidade objetiva, utilizando o acolhimento fornecido pelo Texto Constitucional, porém, fundamentam-se em outra, a da responsabilidade subjetiva (MELLO, 2004).

Porém é necessário chamar a atenção, de acordo com Rui Stoco, autor de *“Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: Doutrina e jurisprudência”* que *“mostra-se impossível a responsabilidade objetiva do Estado e do agente a um só tempo, posto que responsabilizado um, não se pode exigir a indenização do outro, sob o mesmo fundamento jurídico (obrigação objetiva, sem perquirição de culpa)”* (STOCO, 2004:575).

Segundo Walter Ceneviva, citado por Henrique Bolzani, parece clara a responsabilidade solidária do Estado quando afirma:

A dupla condição de agente público e de atuante em caráter privado suscita a persistência da responsabilidade do Estado pelos danos causados, como decorrência do disposto no art. 37, § 6º., da Constituição [...] Para saber quem vai responder pelo prejuízo, na interpretação literal do art. 22, é irrelevante determinar qual o causador do resultado prejudicial (o titular, o escrevente que responde pelo serviço, os escreventes substitutos, os auxiliares). A vítima pode assentar a pretensão reparadora diretamente contra o titular, pois para tanto a autoriza o uso do verbo “responder” [...] Como ficou dito na abertura do Capítulo e à vista do que determina o art. 37, § 6º., da Constituição e da interpretação dada pelo Pleno do Supremo

Tribunal Federal quanto à natureza da relação entre o delegado notarial ou registrário e o Estado, este responde, nos termos da responsabilidade objetiva, tendo direito regressivo contra o titular do serviço em caso de dolo ou culpa. Assestado o pedido diretamente contra o oficial, incumbe ao autor comprovar-lhe a culpa (CENEVIVA, 2002:154-155 *apud* BOLZANI, 2007:98).

Finalizando, constitucionalizar uma atividade significa dar-lhe suporte idôneo, como bem lembra José Tarcízio de Almeida Melo: “*como trave ou alicerce do edifício do Estado, a Constituição antepõe-se e superpõe-se a qualquer ato político para fazê-lo subordinado e dependente [...] Eis aí uma necessidade física e lógica*” (ALMEIDA MELO, 2008:27). Principalmente, quando essa atividade, também, possui uma posição de relevo, no sentido de cumprir os objetivos sociais que fundamentam sua existência. E, também, quando consideramos que tanto a própria Constituição, como as normas infraconstitucionais, demonstram pautar-se pelo princípio da eficiência, almejando melhores serviços para a sociedade.

## CONCLUSÃO

A complexidade dos fenômenos sociais, econômicos e culturais é uma constante nas sociedades, como pode ser deduzido, principalmente, no primeiro capítulo deste trabalho - O Estado e a Sociedade. Vimos como são tênues e imbricadas as próprias conceituações de Estado, Sociedade, Cultura, Direito e Justiça. O Estado como hoje o concebemos é fruto de um processo histórico, em que a conflituosidade social é parte integrante desse processo, que ora se apresenta harmônico, ora conflituoso.

Aqui, vale lembrar os ensinamentos de Karl R. Popper sobre ciências sociais, quando do seu discurso na Conferência das Jornadas da Sociedade Alemã de Sociologia, em 1961 na cidade de Tübingen: “- *Com cada passo em frente que damos, com cada problema que resolvemos, descobrimos não só novos problemas não resolvidos, como constatamos também que quando julgávamos pisar terreno firme e seguro, tudo é de fato incerto e vacilante*” (POPPER, 1961:1).

No desenvolvimento desse trabalho percebe-se que a ideia de Estado funda-se num poder político, que se estabelece em uma estrutura objetiva, e não de modo imediatista pela simples vontade dos homens. Essa instituição se caracteriza pela heterogeneidade de seus elementos (econômicos, sociais e culturais), e que não se apresenta como uma construção social monolítica ou uniforme, seja do ponto de vista orgânico ou funcional. E, ainda, trata-se de uma estrutura juridicamente harmonizada, tanto quanto possível, contínua e estável.

Para que isto ocorra, as instituições desse modelo idealizado de Estado precisam funcionar como se fossem verdadeiros “*locais de mistura*” das inúmeras classes sociais e, portanto, servirem como palco das disputas dos diversos interesses conflitantes que sempre emergem ao longo da evolução e convivência humanas.

No caso específico da formação do Estado brasileiro é preciso considerar o lado plural de nossa herança lusitana de Direito, Política, Economia e Administração, que evoluiu nesses moldes e, conseqüentemente, influenciado por outras culturas que ainda influenciam na formação do povo brasileiro.

Essa característica é parte de nossas relações pessoais, profissionais, sociais e políticas; de um lado, com traços e vícios típicos oriundos do patrimonialismo, do clientelismo, que de alguma forma, impregnaram as instituições do Estado brasileiro. Por outro lado, tanto nos beneficia pelo desenvolvimento do espírito de coletividade, de solidariedade, de tolerância inter e intracultural (ANDRADE, 1999; BONAVIDES, 2009; DaMATTA, 1999, 2001; FURTADO, 1998; HOLANDA, 1995; MOTTA; CALDAS, 1997).

Nesse contexto há de se levar em conta que a Constituição de 1988 completa 23 anos de promulgação. E a sociedade brasileira ainda vê, a passos ora trôpegos e vacilantes, ora determinados e rígidos, ora complacentes e corporativistas, a lenta e árdua construção do que é o nosso Estado Democrático de Direito. Tem-se trabalhado por um sistema de normas e de uma Administração Pública eficientes, capazes de minimizar os contrastes econômico-sociais e, também, de elevar a sociedade brasileira a um estado de bem-estar coerente com o Direito e a justiça.

Em relação ao segundo capítulo, que aborda os diversos aspectos do princípio da eficiência positivado por meio da Emenda Constitucional nº 19/88, conclui-se com uma razoável dose de certeza que ele, também, foi responsável por estabelecer avanços no Estado e na Administração Pública brasileiras, conforme restou demonstrado.

Ressalte-se, inclusive, que a denominada Reforma do Estado brasileiro que se vem buscando promover, com resultados expressivos, encontra fundamentos também no princípio da eficiência, dita reforma prosseguiu com a EC nº 19/98 e, posteriormente, dentre outras importantes normas no intuito de minorar as distorções e efeitos negativos presentes na Administração Pública brasileira.

Sintetizam-se os anseios da sociedade brasileira contemporânea, quais sejam, a busca de soluções prospectivas e direcionadas, conformando instituições que funcionem melhor, custem menos e resultem em efetividade. Aqui os legisladores, intérpretes e aplicadores da lei devem valer-se do alicerce jurídico e dos ideais embutidos no princípio da eficiência, que buscam direcionar as atividades e os serviços públicos à efetividade do bem comum, – o bem-estar econômico-social. Observa-se que a eficiência deve interagir contínua e harmonicamente, com outros importantes fundamentos: a legalidade, a imparcialidade, a impessoalidade, a neutralidade e transparência, dentre outros vetores.

Quanto ao terceiro capítulo, - Atividades Notarial e de Registro – creditamos um grande avanço para o notariado brasileiro, pela positivação expressa do concurso público e a delegação em caráter privado para o exercício das atividades notarial e de registro, a partir do artigo 236 da CF de 1988, posteriormente regulamentado pela Lei nº. 8.935, de 18 de novembro de 1994, em pontos específicos: as atribuições das atividades, a responsabilidade civil e criminal, também, a fiscalização dos serviços.

A Constituição de 1988 estabeleceu uma nova ordem jurídica às atividades, explicitando sua natureza e o caráter privado, reforçando a busca pela eficiência na sua prestação, a valorização e importância, bem como o aprimoramento e maior exigência das habilidades técnico-profissionais. Uma dessas transformações ainda está em pleno curso, e é representada pela erradicação paulatina de parte de um passado comprometido por interesses de cunho patrimonialista e clientelista: a distribuição política das titularidades das serventias extrajudiciais, os institutos da vitaliciedade e hereditariedade compulsórias, bem como, o amadorismo em termos de conhecimentos técnico-jurídicos dos profissionais (ALMEIDA MELO, 2008; BARNI, 2008; BENÍCIO, 2005; BRANDELLI, 2007; FLACH, 2004; GRAU, 2004; RIBEIRO, 2009; VALERIO, 2008).

Como restou comprovado, esses avanços, em razão da constitucionalização das atividades e o seu exercício prestado exclusivamente em caráter privado, deu projeção de relevo ao profissional, exigindo o aprofundamento de estudos do tema e especificidade da legislação aplicável; estabeleceu maior rigor técnico profissional, com melhor qualificação, considerando revestir de certeza e estabilidade as relações jurídicas à realidade social.

As lições retiradas do último capítulo “Responsabilidade Civil, Princípio da Eficiência e Processo de Privatização – Multiplicidade de Interações e suas Consequências nas Atividades Notarial e de Registro” demonstram mudanças tanto na legislação quanto da doutrina e jurisprudência em relação ao instituto da responsabilidade civil de notários e registradores e, também, que o processo de constitucionalização (artigo 236 da CF 1988) e regulamentação das atividades pela Lei nº. 8.935/94 forneceram novo impulso à profissão, por meio de maior exigência das habilidades técnico-profissionais, imposta naturalmente pela necessidade de provimento dos cargos por meio de concurso público.

Vale ressaltar a repercussão e relevância que as atividades têm, inclusive, como meio de antever e minorar lides que podem chegar ao Judiciário, por intervenção do “cartório”, considerando que são interesses privados, demonstrando mais uma vez se amplie as atribuições aos cartórios extrajudiciais os interesses particulares sem caráter de conflituosidade, confiando tais competências a profissionais com qualificação técnica, desonerando o Judiciário do exercício de atividades de interesse exclusivo das partes.

Finalizando, conclui-se como verdadeira a hipótese oferecida para este estudo de que o princípio da eficiência permeou gradativamente mudanças no perfil do Estado brasileiro, mesmo antes de sua previsão constitucional; adotado, então, como um dos preceitos gerais de conduta no âmbito da administração pública, mas, também, a partir, principalmente, da EC n<sup>o</sup> 19/98 e de diversas outras legislações aqui mencionadas, o que acarretou avanços importantes na relação Estado *versus* atividades notarial e de registro, também, da responsabilidade civil em decorrência do exercício dessas atividades.

## **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANDRADE, Manuel Correia. **As raízes do separatismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP (FEU), 1999.

ARIOSI, Mariângela F.. Aposentadoria do notário e registrador à luz da jurisprudência do STF . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1814, 19 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11394>>. Acesso em: 31 maio 2010.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Globo, 2008.

BARNI, Luciana Generali. **Direito notarial e registral para concursos públicos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Apontamentos sobre a Reforma Administrativa**. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. **Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

\_\_\_\_\_. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

BOLZANI, Henrique. **A responsabilidade civil dos notários e dos registradores**. São Paulo: LTr, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Edição administrativa – Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal. Brasil. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso 12.Junho.2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.935/94. **Dispõe sobre serviços notariais e de registro:** publicada no DOU em 21 de novembro de 1994.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em 10.dez.2010.

BRAZIL. **Organizações e programmas ministeriaes desde 1822 a 1889.** Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Imprensa Nacional. 1889. Disponível em <[http://books.google.com.br/books?id=Q90OAAAIAAJ&q=%22DECRETO+N.+3322+%E2%80%93de+14+de+julho+de+1887%22&dq=%22DECRETO+N.+3322+%E2%80%93de+14+de+julho+de+1887%22&hl=pt-br&ei=FFWbTdLIFYfagQedjuT-Bg&sa=X&oi=book\\_result&ct=book-thumbnail&resnum=2&ved=0CC8Q6wEwAQ](http://books.google.com.br/books?id=Q90OAAAIAAJ&q=%22DECRETO+N.+3322+%E2%80%93de+14+de+julho+de+1887%22&dq=%22DECRETO+N.+3322+%E2%80%93de+14+de+julho+de+1887%22&hl=pt-br&ei=FFWbTdLIFYfagQedjuT-Bg&sa=X&oi=book_result&ct=book-thumbnail&resnum=2&ved=0CC8Q6wEwAQ)>. Acesso em 12.Jan.2011.

BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 314, 17 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almeida, 1999.

CANTO-SPERBER, Monique (org.). **Dicionário de Ética e Filosofia Moral.** São Leopoldo (RS): Editora Unisinos, 2007.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 17. ed., Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, p. 477, mai., 1999.

CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada.** 13. ed. rev. e atual., até 31/3/1999. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_, **Lei dos Notários e dos Registradores Comentada:** Lei no. 8.935/94. São Paulo: Saraiva, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel. **Princípios constitucionais e direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2006.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DaMATTA, Roberto. Em Torno de Alguns Aspectos Sócio-Culturais da Fiscalização. **Anais...** Seminário Internacional - Fiscalização: Contexto, Práticas e Tendências - Banco Interamericano de Desenvolvimento, Secretaria de Fazenda do Estado do Espírito Santo, UCP/PNAFE (organizadores) 19 a 21 de Outubro de 1999. Vitória, Espírito Santo. Disponível em <<http://74.125.155.132/scholar?q=cache:YB1V4h31HkMJ:scholar.google.com/+%22a+forma%C3%A7%C3%A3o+do+estado+brasileiro%22&hl=pt-BR>>. Acesso em 13.Out.2009.

\_\_\_\_\_, **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2001.

DE LIMA, Frederico Henrique Viegas. A Motivação da Recusa do Notário na Lavratura da Escritura de Separação e Divórcio Consensuais **In:** BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da (Coords). Família e Jurisdição II. Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2008.

DE MORAES, Isaias Fonseca. **Manual de Direito Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2008.

DIP, Ricardo. Da responsabilidade civil e penal dos oficiais registradores. **Boletim Eletrônica Irib** – Instituto Imobiliário do Brasil/AnoregSP – Associação de Notários e Registradores de São Paulo. Edição nº 551, elaborado em 15 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.irib.org.br>>. Acesso em: 12.Set.2009.

DUROZOI, Gérard. **Dicionário de Filosofia**. Campinas (SP): Papirus, 1993.

ERPEN, Décio Antônio. A responsabilidade civil, penal e administrativa dos notários e registradores. **In:** Boletim do Colégio Notarial do Brasil – Seção Rio Grande do Sul, edição nº 01, 1999.

\_\_\_\_\_, A responsabilidade civil, penal e administrativa dos notários e registradores e o dano moral. **Revista ADV – Advocacia Dinâmica**. Seleções Jurídicas 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios Constitucionais e Atividade Jurídico-Administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Número 2, julho/dezembro de 2003. Disponível em <[http://books.google.com.br/books?id=oB3HQOaX2QYC&pg=PA400&dq=%22princ%C3%ADpio+da+efici%C3%A4ncia%22&lr=lang\\_pt&as\\_drrb\\_is=q&as\\_minm\\_is=0&as](http://books.google.com.br/books?id=oB3HQOaX2QYC&pg=PA400&dq=%22princ%C3%ADpio+da+efici%C3%A4ncia%22&lr=lang_pt&as_drrb_is=q&as_minm_is=0&as)>

\_miny\_is=&as\_maxm\_is=0&as\_maxy\_is=&as\_brr=3&as\_pt=BOOKS&cd=50#v=onepage&q=%22princ%C3%ADpio%20da%20efici%C3%Aancia%22&f=false>. Acesso em 20.Dezembro.2009.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. Coimbra: Arménio Amado Ed.; 1978.

FLACH, Marcelo Antônio Guimarães. **Responsabilidade Civil do Notário e do Registrador**. Porto Alegre: Editora AGE, 2004.

FREIRE, Elias Sampaio. **Direito Administrativo: teoria e 1000 questões**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1998.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Volume I; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

\_\_\_\_\_; **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Volume II; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

\_\_\_\_\_. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2007.

HERNADEZ, Maria Cristina Pratis. A Configuração do Estado Brasileiro. **Saber Acadêmico**. nr.6. Dez.2008. São Paulo: UNIESP, 2008. Disponível em <<http://www.uniesp.edu.br/revista/revista6/pdf/6.pdf>> Acesso em 14.Out.2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa**. Versão monousuário 2.0. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2007. CD-ROM.

JAGUARIBE, Hélio. **Desenvolvimento Econômico e Desenvolvimento Político**. Rio de Janeiro(RJ): Editora Fundo de Cultura, 1962.

JAGUARIBE, Hélio; ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Sociedade, Estado e partidos na atualidade brasileira**. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (organizadores). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2ª.ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_ ; **Teoria geral do direito e do Estado**. 4ª.ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_ ; **Jurisdição constitucional**. 2ª.ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LOTUFO, Renan (coord.). **Cadernos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba: Juruá, 2007.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Dimensões do Direito Público**. Belo Horizonte: Livraria Del Rei Editora, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Editora Hedra, 2009.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Não-Estado e Estado no Leviatã de Hobbes**. Florianópolis: Editora OAB-SC, 1999.

MAZOTTI, Marcelo. **As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei**. Barueri, SP: Minha Editora, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**. Ano 51, número 2, Abr-Jun 2000. Disponível em <[http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Terceiros-Papers/00-Modesto,Paulo51\(2\).pdf](http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Terceiros-Papers/00-Modesto,Paulo51(2).pdf)>. Acesso em 13 de janeiro de 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat (Baron de). **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001.

MOTTA, Fernando C. Prestes; CALDAS, Miguel P. (org.) **Cultura Organizacional e Cultura Brasileira**. São Paulo: Atlas, 1997.

NALINI, José Roberto. A responsabilidade civil do notário. In: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. 130, ano 25, 3º bimestre, maio e junho de 1991.

NALINI, José Renato. DIP, Ricardo. **Registro de imóveis e notas: responsabilidade civil e disciplinar**. São Paulo: RT, 1997.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Administração pública gerencial. **Revista de Direito**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, jul/dez. 1998.

NUNES, Edson. **A Gramática Política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1997.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alfredo de; **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

OUTHWAITE, William. BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento social do Século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (org.), **Reforma do estado e administração pública gerencial**. 7. ed., FGV, São Paulo, 1998.

POPPER, Karl R.; A lógica das ciências sociais. Conferência de abertura das Jornadas da Sociedade Alemã de Sociologia, Tübingen, 1961. Esta conferência foi publicada pela primeira vez na *KbinerZeáschriftfür Soziologie und Sozialpsychologie*, 14.4 série, 1961, Caderno 2, p. 233-248. Disponível em <<http://sites.google.com/site/pelusoufabc/ALGICADASCINCIASSOCIAIS.dot.doc>>. Acesso em 09.Nov.2011.

PORTO DE CARVALHO, Márcia Haydée. **Hermenêutica constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação**. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1997.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Palhares Moreira. **O Poder Político e Seus Elementos**. Recife: Editora Universitária UFPE, 1975.

RIBEIRO, Sheila Maria Reis. Público, porém Privado. **Revista Jurídica Consulex** nº 300, de 15 de julho de 2009. Disponível em <[http://www.anoreg.org.br/?pagina=visualizar\\_noticia&cod=19976](http://www.anoreg.org.br/?pagina=visualizar_noticia&cod=19976)>. Acesso em 01.Nov.2009.

SAINSAULIEU, Renaud; KIRSCHNER, Ana Maria. **Sociologia da Empresa: organização, poder, cultura e desenvolvimento no Brasil**. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

SENADO FEDERAL. **Constituição da República Federativa do Brasil** – Texto Consolidado até a Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em 23.Dez.2009.

\_\_\_\_\_. **Projetos e Matérias Legislativas – PLC 7/2005**. Secretaria Geral da Mesa. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=85657](http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=85657)>. Acesso em 16.Nov.2009.

SILVA, José Afonso da; O Estado Democrático de Direito. **Revista do IAB**. Ano XXXIV, nr. 93, 3º trimestre de 2000.

SILVA JÚNIOR, Dequex Araújo. O dilema da sociedade civil brasileira. **Domus On Line**. v.1, n.1, p. 37-61, jan./jun. 2004. Salvador, 2004. Disponível em <[http://www.fbb.br/downloads/domus\\_dequex.pdf](http://www.fbb.br/downloads/domus_dequex.pdf)>. Acesso em 14.Out.2009.

SILVEIRA, Daniel Barile da. **Patrimonialismo e Burocracia: uma análise sobre o poder judiciário na formação do estado brasileiro**. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. Disponível em <[http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=1894](http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1894)>. Acesso em 29.Outubro.2009.

SOUZA, Tânia Santos Coelho de. **Afirmção e contestação ao patrimonialismo: um estudo das práticas e das representações sociais num território em transformação**. Porto Alegre: UFRS, 2006. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7443/000544643.pdf?sequence=1>>. Acesso em 30.Outubro.2009.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: Doutrina e jurisprudência**. 4. ed., São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_, **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **Jurisprudência STJ**. REsp 545613 / MG Recurso Especial 2003/0066629-2. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha (1098). Data do Julgamento: 08/05/2007. Brasília: STJ, 2007. Disponível em

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+civil+de+not%E1rios+e+registradores&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso 12.Jan.2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.602-0 Minas Gerais**. Tribunal Pleno 24.11.2005. Relator Originário: Min. Joaquim Barbosa. Relator para o Acórdão: Min. Eros Grau. Coord. de Análise de Jurisprudência. D.J. 31.03.2006. Ementário no. 2227-1. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2602&classe=A DI>>. Acesso em 31.Mai.2010.

VALERIO, Alexandre Scigliano. Privatização do Serviço Notarial e Registral: Direito e Economia. **Revista de Direito Imobiliário**, nr. 65, ano 2008. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2008.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva**. Brasília (DF): UNB, 2009.

XIMENES, Júlia Maurmann; Reflexões sobre o Conteúdo do Estado Democrático de Direito; **Atena – Revista Jurídica do Curso de Ciências Jurídicas do IESB**, Ano I, ISSN 1983-4853, Jul/2008. Disponível em <[http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos\\_upload/Julia%20Maurmann%20Ximenes.pdf](http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Julia%20Maurmann%20Ximenes.pdf)>. Acesso em 15.Mar.2010.