— Segundo disposição expressa da Constituição Federal, os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

— Os servidores dos cartórios extrajudiciais, entretanto, admitidos no regime anterior, continuam na condição de servidor em sentido lato, sob o regime especial de trabalho, sujeitando-se à aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.

— Até que nova legislação disponha de forma diferente, regulamentando a matéria, continuam pelo princípio da recepção, vigentes as leis anteriores à nova ordem constitucional que não conflitam com o direito atual.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso de Mandado de Segurança nº 712
Recorrente: Bonifácio dos Santos Xavier
Impetrado: Secretário dos Negócios da Justiça do Estado de São Paulo e outro
Relator: Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de maio de 1991 (data do julgamento). — *Américo Luz*, Presidente; *Hélio Mosimann*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Mosimann: Trata-se de recurso ordinário interposto por Bonifácio dos Santos Xavier, com fundamento no art. 105, II, letra *b*, da Constituição Federal, objetivando reformar o venerando acórdão da egrégia Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, denegatório de mandado de segurança de sua competência originária.

O recorrente, escrivão do 2º Cartório de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca

de Catanduva (SP), ajuizou mandado de segurança contra o Secretário dos Negócios da Justiça e o Chefe de Gabinete da respectiva Secretaria, postulando a anulação do ato que o aposentou compulsoriamente em decorrência de haver completado setenta anos de idade. É que, no seu entender, tal ato seria nulo tanto porque praticado sem prévio procedimento administrativo com oportunidade para defesa, como também porque praticado por autoridade incompetente. Ademais, face ao disposto no art. 236, da Constituição Federal de 1988, os notários e os oficiais de registros públicos não estão sujeitos à aposentadoria compulsória.

O recurso foi impugnado às fls. 140-3.

A douta Subprocuradoria Geral da República (fls. 156-60), através do Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, ofereceu parecer pelo desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Mosimann: Sr. Presidente, discute-se a legalidade da aposentadoria compulsória de serventuário não oficializado, no caso, escrivão do 2º Cartório de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Catanduva (SP).

De início, enxergo a aposentadoria compulsória, antes de pena, uma benesse, se bem que uma restrição constitucional ao princípio da vitaliciedade. Faço-o na boa companhia do mestre Hely Lopes Meirelles, consoante lembrado no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República. Por isso, não há falar-se em ampla defesa frente a tal ato administrativo, garantia assegurada a quem se pretenda impor determinada pena (Ada P. Grinover).

A seguir, não vejo, também, como incompetente a autoridade que a declarou, pois que tal ato não é da competência exclusiva do governador do estado; foi delegado, nos termos do art. 34, XV da Constituição Estadual em vigor à época.

Este Superior Tribunal de Justiça, pela sua egrégia Primeira Turma, Relator o eminente Ministro Garcia Vieira, lá decidiu, apreciando hipótese em tudo idêntica à presente:

"Administrativo. Oficial do Registro de Imóveis. Aposentadoria Compulsória.

Na Constituição Federal anterior não haveria dúvida quanto à aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade dos serventuários não oficializados. O art. 236 da Constituição atual, entendo, em primeiro lugar, não ser auto-aplicável, depois não retirou da esfera de servidores públicos os serviços notariais e de registro, pois continuam sujeitos a concurso público para ingresso no cargo que é público e criado por lei."

(RMS nº 580-SP —, *in DJ* de 11.3.91).

Do acórdão, transcreve-se o seguinte:

"O fato de que os serviços notariais e de registro passam, com a nova Constituição Federal, a ser exercidos 'em caráter privado, por delegação do Poder Público', não mudaria a questão. Continuarão os serventuários das serventias não oficializadas como funcionários públicos, em sentido lato e sujeitos à aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade e isto está muito bem demonstrado pelo acórdão da Sexta Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, no MS nº 120.702-1 (doc. de fls. 54-9) e pelo venerando aresto hostilizado (fls. 69-73):

'No mérito, importa saber se o preceito do art. 40, II, da Constituição da República de 1988, que impõe a aposentadoria compulsória ao servidor que completa 70 anos de idade, aplica-se aos serventuários de cartórios de notas e registrais, por isso que, de acordo com a norma do art. 236 da mesma Carta, 'os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Publico'.

O serventuário de cartório não-oficializado, embora desempenhe atividade considerada de caráter privado e por delegação do Poder Público, ocupa cargo público criado por lei, em número certo e provido por meio de concurso (Constituição da República, art. 236, § 3º; Código Judiciário do estado — Decreto-lei Comple-

mentar nº 3, de 27.8.69 — art. 221, § 1º; Decreto-lei nº 159, de 28.10.69, art. 6º).

Trata-se, na verdade, de função de relevante interesse público por eles exercida, pois estão sujeitos, sob o aspecto disciplinar, à correição permanente dos juízes (Constituição Federal, art. 236, § 1º, Código Judiciário do estado, arts. 51 e 233; Decreto-lei nº 159/69, art. 40; *RJTJESP*, 77/440) e, no que couber, às normas previstas no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (*RT*, 433/73).

'Função pública é um círculo de assuntos do estado, que uma pessoa ligada pela obrigação de direito público de servir ao estado deve gerir' (José Cretella Júnior, *Manual de Direito Administrativo*, 3ª ed., nº 183, p. 175).

Convém assinalar que "os livros e Autos Públicos são de propriedade do estado, posto que lavrados e conservados por oficiais de fé pública, que são órgãos do mesmo estado, tanto quanto estipulam e assistem os atos das partes e enquanto permanecem todos os efeitos dos instrumentos que eles lavram' (João Mendes de Almeida Júnior, *Órgãos da Fé Pública*, 2ª ed., p. XVII).

Uma vez que exerce 'atividade pública (a chamada 'administração pública' de interesse privado), o serventuário não é realmente dono da serventia, mas ocupante do cargo. Temos, na realidade, um sistema híbrido de transição. De um modo, regras administrativas quanto ao provimento e disciplina do cargo. De outro, regime financeiro em que o serventuário é destinatário dos rendimentos e responsável pelas despesas cartoriais' (*RJTJESP*, 97/263).

Recorde-se que 'o cartório é repartição pública e o respectivo titular é o agente público, responsável civil, administrativa e penalmente pelos atos ilícitos cuja prática lhe for atribuída' (*RJTJESP* 93/142 e 96/333; RT 593/285).

Daí por que, em face de tais peculiaridades, é inegável que são os agentes notariais havidos como *servidores públicos*, no sentido lado da expressão (*RT* 372/274, 390/121 e 550/244; *RJTJESP* 98/386 e 106/239).

'Em suma, no direito brasileiro e no amparado, na jurisprudência, a partir do STF, e nos precedentes administrativos, está seguramente assente que aqueles que militam em serventias não oficializadas são funcionários públicos' (José Waldecy Lucena, 'Regime Jurídico do Pessoal das Serventias Não Oficializadas do Estado', *in RT* 534, p. 51). 'Os notários são, sempre foram em toda a história do direito brasileiro e em toda a história do direito português, funcionários do Estado' (Édison Josué Campos de Oliveira, ob. cit., p. 15).

Ponderou o v. acórdão da Suprema Corte, na Representação de Inconstitucionalidade nº 1.489-4, de São Paulo, com julgamento datado de 15 de junho de 1988, que "a norma de explícita exigência de concurso público serve de coroamento a essa evolução, de há muito orientada para a assimilação das serventias à noção de cargo público, cujo acesso deve ser garantido a todos os brasileiros' (fl. 129).

Nem se diga que a vigente Constituição da República teria alterado as características dos serviços notariais e de registro, desvinculando-os da função de manifesto interesse público. O fato de a atividade ser executada 'em caráter privado' apenas significa que 'o pessoal cartorário não recebe pelos cofres públicos, e esse é justamente o critério distintivo da natureza jurídica de suas funções; exerce função pública, embora não estipendiada pelo Estado' (*RT* 83/62).

"*Quanto à remuneração*, não desnatura a condição de *servidor público* o fato de não ser estipendiado pelos cofres públicos. Seus salários são pagos em retribuição aos serviços públicos que presta. Tem, portanto, plena aplicação o acórdão do STF no sentido de que 'o serventuário da justiça, embora estipendiado sob forma de custas, desempenha cargo público, dado que criado em lei, com atribuições nela previstas, a qual, além de atributos outros, prevê a forma de remuneração', certo que 'não importa que não receba a recorrente salários certos e pagos, diretamente, pelos cofres públicos. A forma de remuneração não a desfigura, já que o

cargo foi criado por lei, com atribuição nela prevista, dela decorrendo a forma do estipêndio, além de ordenada de atributos, os quais, reunidos, caracterizam o cargo público perante a doutrina brasileira, calcada em rumos de direito alienígena, aceita nos tribunais'. A doutrina considera o serventuário da justiça um agente público. 'A lei o tem como funcionário público porque age como representante da autoridade pública' (Walter Ceneviva, *Lei dos Registros Públicos Comentada*, 6ª ed., nº 65, p. 59).

Já assinalou a Corte Suprema, aliás, que a forma de remuneração dos serventuários da Justiça 'não descaracteriza a natureza intrínseca do serviço prestado, que se reveste sempre de caráter público. A natureza do serviço, quer se trate de cartório oficializado, seja de cartório não oficializado, não se transmuda, enquanto as custas constituem contraprestação de um serviço público, na modalidade de taxa remuneratória (*RTJ* 68/283).

Verifica-se, diante do exposto, que o impetrante enquadra-se no conceito amplo de servidor público e como tal sujeito à aposentadoria por implemento da idade, em decorrência do disposto no art. 40, II, da Constituição Federal e no art. 94, I, da Constituição do Estado em vigor."

Tem razão o acórdão recorrido, quando afirma que os serventuários dos cartórios extrajudiciais continuam, após a vigência da atual Constituição Federal, na condição de servidores públicos em sentido lato e sujeitos à aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade e que "O regime especial de trabalho a que estão subordinados ainda subsiste, nada justificando a disciplina de direito privado, diante do indu-vidoso exercício de função pública, mesmo por delegação." Continuam eles sujeitos ao concurso público para ingresso no cargo que é público e criado por lei (art. 236, § 3º da Constituição Federal). Até que venha a regulamentação ao art. 236, continua pela recepção, vigente e atual legislação e de acordo com esta, já devidamente interpretada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, o impetrante como funcionário público em sentido amplo, está sujeito à aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade."

Sob a égide da Constituição anterior, pois, não cabia dúvida, ante as inúmeras manifestações do Supremo Tribunal Federal de que se tem conhecimento. Dúvida tampouco pode prosperar sob o comando do texto maior atual, eis que sua análise há que compreender todo o contexto, nunca uma leitura isolada de determinados pontos. Assim, se a parte inicial do art. 236 diz que... os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado..., o final do mesmo artigo dispõe que tal se dá... por delegação do Poder Público. Em seguida, o § 3º exige o concurso de provas e títulos.

Como observou a douta Subprocuradoria, só o que pertence ao Poder Público pode ser por ele delegado.

Ademais, quem era servidor no regime passado, continua na condição de servidor, não tendo a nova Constituição, de imediato, mudado a situação dos antigos titulares das serventias.

Finalmente, a norma de lei estadual, em São Paulo, que possibilitava a permanência no cargo, após os setenta anos, foi fulminada em Representação do Procurador-Geral da República, pelo Supremo Tribunal Federal (Representação nº 1.489-SP, relator o Min. Octavio Gallotti): "É incompatível com a Constituição Federal (arts. 13-v; 101, II e 108), a Lei nº 10.393, de 16.12.70, do estado de São Paulo, na parte em que enseja aos segurados da Carteira das Serventias não Oficializadas a permanência na atividade, após completarem setenta anos de idade. Condição de funcionário público, em sentido lato, desses servidores (precedentes)."

Nego, diante de todo o exposto, provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão: Sr. Presidente, ouso divergir do eminente Relator, no ponto do seu voto onde é afirmado que

à delegação prevista nesta nova Constituição, para os serviços notariais e ofícios de registro, será exercida por servidores públicos.

É que o delegado de função pública, até onde sabemos, é o particular, nunca o servidor. Se estivermos diante de servidor público, exercendo função pública, não estaremos diante de delegação.

Pelo regime da atual Constituição, pois, não se poderá exigir, de quem vai exercer essa delegação, a condição de servidor público. Se esse requisito for posto, não haverá delegação.

O art. 236 deverá ser regulamentado. A regulamentação dirá como serão formalizadas essas delegações, quais os requisitos exigidos para os delegados, quais as condições para o exercício da função delegada, especialmente no que concerne à idade, até quando poderá ele servir.

É fora de dúvida que a delegação só ocorre em favor de quem possa bem exercê-la, mesmo porque, tratando-se de contrato de direito público, não haverá lugar para direito adquirido ao seu exercício. Na hipótese de incapacidade física, por exemplo, é fora de dúvida que o vínculo poderá ser unilateralmente rompido pela Administração, como acontece nos contratos de direito público.

O impetrante, ao que consta, exercia a função notarial como servidor público, sujeito à disciplina própria do regime de cargo público, ou estatutário. Nessa condição é que foi ele aposentado compulsoriamente, em face do implemento de idade.

A norma constitucional não teve o efeito imediato de desvesti-lo do caráter de servidor público, transformando-o em delegado dos mesmos serviços. Pelo simples fato de ter sido editada a norma, não houve alteração na vida funcional do referido servidor.

Os futuros titulares dos cartórios é que serão regidos pela nova sistemática, submetidos ao regime de delegação. A nova lei é que vai dizer como será o novo regime e, com base na disciplina nela ditada, é que os detentores da delegação vão servir.

Quem, entretanto, era servidor, por enquanto, continua servidor e, como tal, sujeito à inativação compulsória.

Com esses esclarecimentos, que acresço ao voto do eminente Relator, também voto pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Ministro José de Jesus Filho: Sr. Presidente. Sem dúvida o Ministro Ilmar Galvão tem razão, porque o art. 236, invocado da tribuna pelo ilustre advogado e no seu memorial, não é auto-aplicável e depende de regulamentação das atividades, da disciplina e da responsabilidade. Depois, depende de uma lei federal para dizer como serão cobrados emolumentos desses cartórios e desses registros. Depende ainda de dizer como serão investidos na função delegada.

Também entendo que a delegação não cria o *status* de funcionário público. Quando se delega, delega-se a terceiros, a particulares. Não se pode delegar ao funcionário público uma função pública, que ele deverá exercer em função do cargo. Mas, não sendo auto-aplicável, caímos na disciplina do regime anterior. A Constituição anterior dizia que esses notários e esses escrivães eram considerados funcionários públicos, sujeitos à aposentadoria compulsória aos setenta anos.

Com essas breves considerações, com a devida vênia do ilustre advogado, que sustentou tão bem da tribuna, acompanho o eminente Relator, Sr. Presidente.

EXTRATO DA ATA

RMS 712-SP (90.123852) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Bonifácio dos Santos Xavier. T. origem: Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Impdo: Secretário dos Negócios da Justiça do estado de São Paulo e outro. Litis.: Fazenda do estado de São Paulo. Advs.: Dr. Paulo

Eduardo de Barros Fonseca, Adriana de Soveral e outro.

Decisão: a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 22.5.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Ilmar Galvão e José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Exmº Sr. Ministro Américo Luz.