FUNCIONÁRIO PÚBLICO — SERVENTUÁRIOS DE JUSTIÇA — RESPONSABILIDADE PENAL

— Funcionário público para efeitos penais (CP, art. 327): titulares e auxiliares de tabelionatos e ofícios de registro: caracterização não afetada pelo art. 236 da Constituição.

O art. 236 da Constituição — ao dispor que os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privativo, por delegação do Poder Público — não lhes afetou, mas antes lhes confirmou a publicidade da natureza, do qual resulta a consideração do seu pessoal como funcionários públicos, para efeitos penais, ainda que não para outros efeitos.

Recurso extraordinário: descabimento, pela letra c; *afirmação de validade de ato normativo local desnecessário à conclusão do julgado.*

Não se conhece de RE pela letra c, *quando o ato normativo local contestado, mas que se afirmou recebido pela Constituição, não é fundamento necessário do acórdão recorrido.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso Extraordinário nº 141.347
Recorrentes: Orlando Costa e outros
Recorrido: Ministério Público Estadual
Relator: Sr. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso.

Brasília, 11 de fevereiro de 1992. *Moreira Alves,* Presidente. *Sepúlveda Pertence,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Cuida-se de RE, *a* e *c,* interposto por serventuários (escrivão, oficial maior, escrevente e auxiliar) do Cartório de Registro Civil da comarca de São João da Boa Vista, em São Paulo, contra acórdão do Tribunal de Justiça, por alegada violação ao art. 5º, inciso XXXIX (reserva legal — *nullum crimen, nulla poena, sine lege),* e 236, § 1º, da Constituição Federal:

"Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus

prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário."

E por ter julgado válido o art. 78 da Resolução nº 2, de 15.12.76, da Corregedoria Geral de Justiça estadual, que dispõe:

"Art. 78. O regime disciplinar do pessoal das serventias não oficializadas é o constante do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do estado, no que for aplicável..."

Diz ainda da inviabilidade da ação penal proposta pelo Ministério Público, bem como da impossibilidade de se restabelecer a denúncia, como quer o acórdão recorrido.

2. A ilustre Subprocuradora Geral da República Márcia Dometila de Carvalho expôs:

"1. Recorre-se extraordinariamente de acórdão da Segunda Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo. Este determinou recebimento de denúncia contra Orlando Costa, Fernando Costa, Valéria Gonçalves e Simone Aparecida de Assis Sanches, dando-os como incursos no tipo do art. 316, § 1º e art. 29 do Código Penal, isto por terem exigido emolumentos, que sabiam indevidos, relativos a uma habilitação de casamento.

2. O acórdão impugnado assim se manifestou:

"A denúncia rejeitada descreve, ao menos em tese, o excesso de exação. Este se configura quando o funcionário exige imposto, taxa ou emolumento que sabe indevido. De logo se coloque a questão de que, para esse efeito, o servidor de cartório do foro não oficializado da Justiça é funcionário público. Pois o art. 236 da Constituição da República, ao disciplinar os serviços notariais e de registro, se refere expressamente à delegação do Poder Público. Os cartórios são serviços públicos delegados residindo a publicidade exatamente na necessidade de delegação. Fora serviço privado e não precisaria o Estado delegá-los a quem quer que seja. Houve exigência de emolumentos indevidos os quais excediam o *quantum* legal. De acordo com as normas de serviço da Corregedoria Geral da Justiça, expedidas novas tabelas estas se aplicam aos atos já solicitados ao serventuário haja ou não a parte feito depósito total ou parcial das custas e emolumentos previstos."

3. Entendem, os recorrentes, que tal decisão viola flagrantemente o art. 5º, inciso XXXIX e art. 236, parágrafo único da Constituição Federal, ao entender como sendo funcionários públicos, para efeitos penais, o serventuário e demais servidores de cartório extrajudicial do Registro Civil.

4. Argumentam que estabelecendo, aquele art. 236, que as funções notariais e de registro são de natureza privada, não podem essas, contrariamente, ser consideradas funções públicas para efeitos penais."

No mérito, opinou pelo não provimento do recurso, *verbis* (fl. 157):

"Não tem razão contudo.

O art. 236 da Constituição Federal ao afirmar que os serviços públicos e notariais serão exercidos em caráter privado acrescenta que isto se dará por delegação do Poder Público. Portanto, para efeitos penais, prevalece o art. 327 do Código Penal, ao considerar funcionário público quem, não o sendo, exerce, entretanto, função pública, ainda que delegada.

Esse artigo penal tem o intuito de resguardar mais efetivamente a administração pública dos crimes contra eles cometidos direta ou indiretamente. Nele, o conceito de funcionário público é o mais amplo possível não guardando qualquer similitude com o conceito rígido de funcionário público posto pelo Direito Administrativo. O Direito Penal estende o conceito a qualquer que exerça qualquer atividade com fins próprios do Estado, ainda que estranha à administração pública (neste sentido, Mirabete em seu *Manual de Direito Penal*, vol. 3, Atlas, 3. ed., p. 276-7).

Assim, embora a Constituição atual tenha transferido para a esfera privada os serviços notariais e de registro não retirou, dos que o exercem, o caráter de funcionário público, por delegação, mormente na esfera penal. (...)"

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Sob os textos constitucionais anteriores, sedimentou-se corretamente a jurisprudência do Tribunal no sentido de reputar funcionários públicos para efeitos penais, nos termos do art. 327 C. Pen., os serventuários dos ofícios judiciais e ou extrajudiciais não remunerados pelos cofres públicos.

Veja-se o parecer do então Subprocurador-Geral da República, hoje, eminente Ministro Assis Toledo, adotado como razão de decidir no HC 56.998, 22.5.79, Xavier de Albuquer, *RFor.* 270/278:

"Pretende-se, na inicial, que o paciente não poderia ser agente do crime de peculato por desempenhar função em cartório não oficializado. Assim, quando muito, teria cometido apropriação indébita.

Não vemos como acolher tal argumento. Entendem os penalistas que, para o direito penal ... 'não é necessário que a pessoa seja funcionário público; o que é indispensável é que exerça a função pública, que, no dizer de Maggiore, é 'qualquer atividade que realiza fins próprios do Estado, ainda que exercida por pessoas estranhas à administração pública'' (Magalhães Noronha, *Direito Penal*, Saraiva, 10. ed., 1978, vol. IV, p. 216). Essa a razão pela qual o art. 327 fala em emprego, cargo ou função pública. E, segundo supomos, o tabelião, bem como o oficial de tabelionato, mesmo nos cartórios não oficializados, desempenham função pública.

Diga-se, para concluir, que a jurisprudência do excelso Pretório tem dispensado perícia contábil ou tomada de contas, para prova do peculato (RHC nº 50.650, Rel. Min. Antônio Néder, *DJ* 26.4.74, p. 2.677; RHC nº 49.514, Rel. Min. Bilac Pinto, *DJ* 28.4.72, p. 2.541). ..."

Na mesma linha, o RHC nº 66.694, 26.8.88, Djaci Falcão (*RTJ* 126/1.016).

Não creio se tenha alterado substancialmente a equação do problema com o art. 236 da Constituição da República, a teor do qual "os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado por delegação do poder público."

Dele, ao contrário, resulta claro que se cuida de serviços públicos, donde, o exercício por delegação do Estado.

O caráter privado diz com o sistema da remuneração do serviço prestado; não com a natureza pública dele, tanto assim que serviços idênticos continuarão a ser exercidos por funcionários públicos, na hipótese — objeto do art. 32 ADCT —, de o cartório respectivo ter sido oficializado anteriormente à Constituição.

O que importa, para o conceito ampliado de funcionário público do art. 327 CP — que o art. 236 CF não afetou —, é que, quem exerce função pública, considera-se funcionário público para efeitos penais, ainda que o não seja, para outros efeitos — como se colhe da lição invocada de Celso Antonio (*Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, Ed. TRT, 1991, p. 189) —, dado o regime privado do exercício da função, por delegação do Estado, o que, entretanto, por delegar-lhe o exercício, não lhe privatiza a natureza, cuja publicidade — como precisamente observado pelo acórdão local — reside exatamente na necessidade da delegação (fl. 118) e, nela, se patenteia.

Por outro lado, prevê a Constituição, no art. 236, § 1º, que a lei "disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registros e de seus prepostos", não basta para negar a recepção pela nova ordem constitucional de sua caracterização, para efeitos penais, como funcionários públicos, por força de preceito legal anterior — C. Pen., art. 327 —, se a tanto não se opõe, mas antes o confirma, a qualificação da sua atividade, que o *caput* da mesma disposição constitucional qualifica como exercício de serviço público.

Não é, pois, de conhecer do RE, *a*, por contrariedade à Constituição; nem, pela letra *c*, dado que a afirmação incidente da recepção pela Lei Fundamental (vigente da norma local impugnada — art. 78 da Resolução nº 2/76 da Corregedoria de Justiça —,

não é fundamento necessário da decisão, uma vez que nele se cuida de regime disciplinar do pessoal das serventias não oficializadas e, não, de sua qualificação para efeitos penais.

Desse modo, não conheço do recurso; é o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RECr 141.347-nºSP — Rel.: Ministro Sepúlveda Pertence. Rectes.: Orlando Costa e outros (Advs.: Sérgio Muniz Oliva e outros). Recdo.: Ministério Público Estadual.

Decisão: a Turma não conheceu do recurso extraordinário. Unânime. 1ª Turma, 11.2.92.

Presidência do Sr. Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Srs. Ministros Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.