

**A QUALIFICAÇÃO REGISTRAL NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA:
ESPECIALIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA EM DEBATE**

**REGISTRATION QUALIFICATION IN LAND REGULARIZATION: SUBJECTIVE
AND OBJECTIVE SPECIALTY IN DEBATE**

Carmen Silva Matos de Magalhães¹

Lucas Dellarosa Fogaça²

RESUMO: Este artigo trata fundamentalmente da equação registral que deve ser delineada a fim de possibilitar a efetivação do registro do título advinda de processo de Regularização Fundiária. Em linhas gerais, apresenta, mediante pesquisa bibliográfica e legislativa, um breve panorama sobre o sistema registral brasileiro e a Regularização Fundiária no que concerne ao seu conceito, títulos, objetivos e desafios. Após essa prelação, parte-se para a articulação entre os dois institutos jurídicos teorizados por meio de uma interpretação intersubjetiva anti discricionária, para que, de forma coerente, tanto as regras do sistema registral sejam cumpridas quanto a finalidade da titulação na Regularização Fundiária seja alcançada, e, neste último caso, seja finalmente promovido o direito social à moradia e à cidade.

PALAVRAS-CHAVE: sistema registral brasileiro; Qualificação Registral; Regularização Fundiária; titulação; especialidade subjetiva e objetiva.

ABSTRACT: This article basically deals with the registration equation that must be outlined in order to enable the effectuation of the registration of the title arising from the Land Regularization process. In general terms, it presents, through bibliographic and legislative research, a brief overview of the Brazilian registry system and Land Regularization in terms of its concept, titles, objectives and challenges. After this prelate, we move on to the articulation between the two legal institutes theorized through an anti-discretionary intersubjective

¹ Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

² Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

interpretation, so that, in a coherent way, both the rules of the registry system are fulfilled and the purpose of titling in Land Regularization is achieved. , and, in the latter case, the social right to housing and the city is finally promoted.

KEYWORDS: Brazilian registry system; Registry Qualification; Land regularization; titration; subjective and objective expertise.

1. INTRODUÇÃO

Apresenta-se à comunidade jurídica o resultado de uma pesquisa acerca do cruzamento entre as finalidades do registro de imóveis e da regularização fundiária, da articulação entre a qualificação registral (o ato decisório do Oficial de Registro de imóveis), as especialidades subjetiva e objetiva, e a realidade factual ímpar sobre a qual se desenrola o procedimento de regularização fundiária.

Pretende-se que as conclusões aqui esboçadas sejam objeto de debate e quiçá críticas e comentários. Como objetivo mais geral, ambicionou-se aprimorar a qualificação registral em face do instituto da regularização fundiária - colaborando para que ela realmente sirva de instrumento de promoção do direito fundamental à moradia e à cidade, e, ao mesmo tempo, sejam as funções do registro de imóveis preservadas.

O propósito do registro de imóveis é outorgar publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos, e o da regularização é colaborar efetivamente na promoção do direito social à moradia e à cidade. Sendo que, para que o Estado consiga atrair frações do território que hoje estão à margem do sistema, portanto, em torno da informalidade, é preciso compatibilizar o sistema conjuntamente, criando medidas jurídicas excepcionais para situações/territórios que estão em situação jurídica excepcional.

Em prol de tal empreitada, inicia-se com um panorama sucinto sobre o sistema registral brasileiro. Nesse bojo, discute-se o que são a qualificação registral e as especialidades subjetiva e objetiva, para que elas servem e como funcionam. Em seguida, apresenta-se noções gerais da regularização fundiária: suas principais características, títulos viáveis, objetivos e desafios. Adiante, associar-se-á a qualificação registral com a regularização fundiária, revelando-a como

uma qualificação registral excepcional, *sui generis*. Esse item, possivelmente, seja a contribuição teórica mais decisiva deste trabalho. Por fim, expõe-se as considerações finais.

2. NOTAS SOBRE O SISTEMA REGISTRAL BRASILEIRO

3.

Todos os sistemas registrares imobiliários no capitalismo contemporâneo tem mais ou menos a mesma função: salvaguardar juridicamente a propriedade privada imobiliária. Por conseguinte, trata-se de outorgar segurança jurídica ao comércio de um tipo específico de mercadoria: a mercadoria-imóvel - seja em sua forma de propriedade plena “clássica” ligada ao “corpo” da mercadoria-imóvel, isto é, porção física de território ou acessão; seja nas múltiplas formas fragmentadas de mercadoria-imóvel normalmente denominadas de direitos reais (hipoteca, alienação fiduciária, etc), direitos obrigacionais com eficácia real (obrigações condominiais ou ambientais, etc) ou outros direitos previstos em lei de alguma forma lastreados em imóvel (direitos expectativos diversos, etc). É nesse sentido a afirmação, por exemplo, de Mónica Jardim, ao dizer que o objetivo de todos os sistemas registrares é o mesmo: garantir a segurança jurídica dos direitos e a proteção do tráfico imobiliário (JARDIM, 2015).

Acontece que, para além desse objetivo geral, as distintas tradições do Direito (common law, civil law em suas várias subdivisões, etc) e as legislações nacionais emprestam características próprias a cada sistema. Mónica Jardim explica que há três sistemas em confronto: o sistema do modo, o sistema do título e modo, e o sistema do título (JARDIM, 2015).

Em outro artigo, Jéverson Bottega e Lucas Fogaça, citando Mónica Jardim explicam brevemente cada um dos sistemas:

- a) sistema do modo: o efeito real não depende, por qualquer forma, do negócio obrigacional em que se manifesta a vontade de atribuir e adquirir o direito real sobre o imóvel. Nesse contexto, o assento registral é constitutivo. Imprescindível para a aquisição, modificação ou extinção dos direitos reais. É o caso do sistema alemão.
- b) sistema do título: em regra o registro não é condição necessária nem suficiente para alterar a situação jurídico-real existente. O assento registral assume uma função meramente declaratória, e, conseqüentemente, visa consolidar a oponibilidade erga omnes. É o caso de Portugal, França e Bélgica.

c) sistema do título e modo: a aquisição, modificação e extinção de direitos reais depende de um título – fundamento jurídico ou causa que justifica a mutação jurídico-real – e de um modo: ato pelo qual se realiza efetivamente a aquisição, modificação ou extinção de direito real, ato através do qual se executa o prévio acordo de vontades. É o caso da Áustria, Suíça, Holanda, Grécia e Espanha. Havendo nuances de país a país quanto ao modo – registro ou tradição – e, portanto, quanto ao efeito – constitutivo ou declaratório (BOTTEGA; FOGAÇA, 2019).

Como está claro, o Brasil adota o sistema de *título e modo*, como dispõem os artigos 1.227 e 1.245 do CC/02 e também o artigo 172 da Lei de Registros Públicos..

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Art. 172 - No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, " *inter vivos*" ou " *mortis causa*" quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.

Sendo assim, para o sistema registral brasileiro não basta lavrar, publicar, editar, contratar, sentenciar, enfim, produzir um *título*, é necessário registrá-lo no cartório competente (o *modo*) para que ocorra a constituição, transferência, extinção, etc da propriedade imobiliária e dos direitos reais em geral. Orlando Gomes também corrobora essa interpretação. Veja-se:

Titulus e *modus* são interdependentes. O título aquisitivo é a causa da transmissão, de sorte que, se for defeituoso ou falso, impede a eficácia normal e regular do modo de aquisição. Para se saber, pois, se é válida a aquisição da propriedade de um bem imóvel, entre vivos, há que verificar se o negócio causal é hígido e se a **transcrição** foi perfeita. (...) O ato registral é, desse modo, o ato de investidura da propriedade no seu adquirente. Sem que tenha sido regularmente praticado pelo registrador, a

propriedade não se transfere, continuando no patrimônio do alienante seja qual for o título translativo (GOMES, 1978).

Por fim, destaca-se que tanto a Lei de Registros Públicos (6.015/73) como o Estatuto dos Notários e Registradores (8935/94) definem as finalidades do serviço de registro de imóveis. No entender de Jéverson Bottega, há finalidades objetivas e substantivas do registro de imóveis. As primeiras seriam as imediatas, dispostas, no art. 172 da Lei 6.015/73:

No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, *inter vivos* ou *mortis causa* quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade (BOTTEGA, 2021, p. 27).

Já as finalidades substantivas estariam dispostas no artigo 1º da Lei 8.935/94: “Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a **publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos**” (grifo nosso). Noutras palavras, a finalidade substantiva do registro de imóveis, sua razão de ser, “é a garantia do direito de propriedade e a promoção de segurança jurídica” (BOTTEGA, 2021, p. 27).

Muito bem, até aqui nada de muito novo. Então, especificamente, qual seria a razão dessa breve exposição inicial? Primeiramente, para explicar de forma sucinta o lugar do registro de imóveis no modelo de titulação jurídica instituído pela a Lei 13.465/2017. Em segundo, e não menos importante, para sinalizar que essa linha registral também define os rumos da titulação da regularização fundiária nos seus vários procedimentos, seja por REURB-S ou REURB-E, havendo ou não demarcação urbanística prévia etc.

Logo, para este estudo, entender o funcionamento do registro de imóveis e suas complexidades é de suma importância, especialmente no que se refere à qualificação registral imobiliária. Afinal, é a partir das finalidades do registro de imóveis como pano de fundo que poderemos fazer uma leitura adequada da qualificação registral e das especialidades subjetiva e objetiva.

Dito isto, vejamos o que é e como funciona a qualificação registral.

2.1 A qualificação registral imobiliária

A qualificação registral no âmbito do registro de imóveis significa o processo decisório no qual o oficial de registro decide se o *título* apresentado está apto a ingressar no fólio real, isto é, ser registrado (*modo*). Trata-se do núcleo jurídico da atividade registral visto que é o momento em que se examina se o título está de acordo com o Direito.

Tendo em vista que o registro de imóveis é serviço público de titularidade do Estado³, a decisão que defere, indefere ou emite nota de exigências (nota devolutiva, nota de impugnação etc, a depender do Estado da federação) é ato administrativo. Sendo ato administrativo, surge o dever de motivar a decisão jurídica (proferir discurso de fundamentação). Jéverson Bottega explica que a motivação é pressuposto de publicidade da decisão, tendo como pano de fundo conferir sinal minimamente liberal republicano ao ato de decisão/interpretação: público e anti discricionário.

(...) a exigência de motivar as decisões decorre tanto da estrutura dos atos administrativos quanto da responsabilidade política do registrador em um Estado Democrático, que exige daqueles que atuam em sua representação o façam de acordo com o Direito. Assim, será a fundamentação, que está no bojo da motivação do ato praticado, que evitará o encobrimento de discricionariedades e permitirá que se exerça controle sobre as decisões, que, vale lembrar, tratam de um direito fundamental (BOTTEGA, 2021, p. 180).

Essa linha condutiva de atuação está expressa em várias disposições legais pertinentes ao tema, como por exemplo: (i) no artigo 198 da Lei de Registros Públicos - havendo exigência a ser satisfeita, ela será indicada pelo oficial por escrito, dentro do prazo previsto no art. 188 e de uma só vez, articuladamente, de forma clara e objetiva, com data, identificação e assinatura do oficial ou preposto responsável, e na regra (ii) da própria Lei 13.465/2017, exposta no parágrafo único do art. 42 e art. 44:

³O fato de, nos termos do art. 236 da CF/88, ser contingencialmente exercido em administração privada do delegatário nada muda a função, características, obrigações, etc.

Parágrafo único. Em caso de recusa do registro, o oficial do cartório do registro de imóveis expedirá nota devolutiva fundamentada, na qual indicará os motivos da recusa e formulará exigências nos termos desta Lei.

Art. 44. Recebida a CRF, cumprirá ao oficial do cartório de registro de imóveis prenotá-la, autuá-la, instaurar o procedimento registral e, no prazo de quinze dias, emitir a respectiva nota de exigência ou praticar os atos tendentes ao registro.

Acontece que, exigir a motivação/fundamentação da decisão na/da qualificação registral é apenas o mínimo. O tema vai muito além. Na verdade, perguntar-se-ia como e quem deve decidir?

Ao que parece, até o momento, quem melhor elaborou uma resposta às indagações acima, sob a perspectiva interna do sistema registral, isto é, preservando suas principais características e funções dentro do capitalismo, foi Jéverson Bottega com a Teoria Hermenêutica da Qualificação (THQ), em cuja obra *Qualificação registral imobiliária à luz da Crítica Hermenêutica do Direito* o autor dedica cerca de duzentas páginas ao assunto.

No que pertine ao problema objeto desta investigação, sumariza-se abaixo apenas o que se considera mais relevante:

A decisão a respeito da registrabilidade de um título é o momento final da qualificação registral que, para atender às disposições das Leis nºs 6.015/73 e 8.935/94, deve ter, pelo menos, as seguintes etapas:

Primeira, análise preliminar. (...)

Segunda, saneamento. (...)

Terceira, verificação da validade do fato jurídico inscritível e sua aptidão para produzir eficácia (art. 1º, da Lei nº 8.935/94). (...)

Quarta, especialidade subjetiva. Nesta etapa busca-se verificar se as partes estão devidamente qualificadas no título e no registro (art. 176, §1º, II, 4 e III, 2, da Lei nº 6.015/73), bem como se possuem capacidade/legitimidade para praticar o ato (arts. 104, I, e 166, I, ambos do CC).

Quinta, especialidade objetiva. Aqui o intuito é verificar se o imóvel está corretamente descrito no título e se a descrição coincide com a matrícula (arts. 176, §1º, II, 3 e 225, ambos da Lei nº 6.015/73). Essa análise poderá gerar a necessidade de se instaurar o procedimento extrajudicial de retificação tabular antes do registro do título (arts. 213, II e 225, §2º, ambos da Lei nº 6.015/73).

Sexta, especialidade do fato jurídico inscritível. Nesta fase da qualificação o registrador analisa se o fato jurídico inscritível foi instrumentalizado (aspectos formais e substantivos) de acordo com o Direito, momento em que, além das regras especiais previstas na Lei dos Registros Públicos, o oficial trabalhará com os diplomas legais relativos ao direito em causa. Para bem desempenhar essa tarefa o delegatário deve considerar as especificidades de cada espécie de título (instrumento particular, escritura pública, ato administrativo ou ato judicial), bem como os efeitos que o registro irá produzir (constitutivo/substantivo ou declaratório/formal). (...) Quanto à influência do efeito do registro na qualificação, tem-se que, quando o registro possui efeito constitutivo, a qualificação deve abranger a análise do direito a ser constituído. De outro lado, quando o efeito é declaratório, não cabe ao registrador revisar o ato que gerou a constituição do direito.

Sétima, requisitos extrarregistrais. (...)

Oitava, decisão fundamentada. (...) (BOTTEGA, 2021, p. 180).

Das oito etapas possíveis⁴, frisa-se três: especialidade subjetiva, objetiva e fato jurídico inscritível. Com exceção da decisão propriamente dita, aquelas compõem a porção juridicamente mais substantiva da qualificação, visto que, em síntese, significam o exame de quatro dimensões registrais, a saber: se há harmonia entre as partes e em relação ao título e a matrícula; se há simetria da unidade imobiliária descrita no título e na matrícula; se há compatibilidade entre o(s) direito(s) ostentado(s) no título com os direitos já inscritos (registrados/averbados) na matrícula; e se partes, imóvel e direito(s) estão em consonância com o Direito.

Como é possível perceber, a qualificação registral é um ato administrativo complexo em que se faz necessário a promoção e o manejo de uma série de institutos legais/constitucionais, doutrinários e jurisprudenciais, e sobretudo uma teoria da decisão à altura.

⁴Forçoso reconhecer que há outras teorias disputando a *ratio* do oficial de registro e, portanto, outras maneiras de proceder à qualificação - o que, para fins deste trabalho, não cabe aprofundar, a não ser citar *en passant*: a *teoria da legalidade* e a *teoria do saber prudencial*. Para entrar no tema sugere-se os capítulos 4.1 e 4.2 da obra de Jéverson Bottega *Qualificação registral imobiliária à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*.

Jéverson Bottega, vale dizer, embasa a sua Teoria Hermenêutica da Qualificação (THQ) na Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck⁵.

De toda forma, depreende-se essencialmente, até o momento, que o sistema registral brasileiro é do *título e modo*, e o *modo* é o registro, bem como que o registro de imóveis é serviço público e a qualificação registral, ato administrativo, em sendo assim há o dever de fundamentá-la. Define-se, ainda, que a qualificação registral se subsume como a decisão jurídica que defere, indefere ou devolve com exigências o título apresentado, sinaliza-se, por fim, que as especialidades subjetiva e objetiva, adiante desenvolvidas, são parte muito relevante da qualificação.

2.2 Especialidade subjetiva e objetiva

Tais especialidades costumam ser tratadas como princípios⁶ do direito registral imobiliário. Independente de serem ou não princípios, são efetivamente parâmetros, *mandamus*, obrigações impostas ao oficial de registro no momento de qualificar um título. Sendo que do ponto de vista das finalidades substantivas (publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos - nos moldes do art. 1º da Lei 8.935/94) estão sobretudo relacionados aos aspectos “autenticidade” e “segurança”.

Fernando Pereira do Nascimento e Marcelo de Rezende Campos Marinho Couto explicam que a especialidade subjetiva, na sua essência, significa “determinar o sujeito de direito de forma a individualizá-lo das demais pessoas” (DO NASCIMENTO; COUTO, 2020, p. 243).

Já Luiz Guilherme Loureiro resume a especialidade objetiva nos seguintes termos: “todo imóvel que seja objeto de registro deve estar perfeitamente individualizado” (LOUREIRO, 2021, p. 652).

⁵Streck, por sua vez, no âmbito da filosofia geral trabalha desde a fenomenologia hermenêutica de Martin Heidegger e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer; e no âmbito da filosofia regional (isto é, a filosofia do direito), a partir do conceito de Direito de Ronald Dworkin.

⁶Se tivermos como parâmetro o debate pós-positivista no interior da filosofia do direito (sobretudo em Ronald Dworkin), veremos que é muito controverso designar como “princípio” a especialidade subjetiva e objetiva. Contudo, para os fins deste artigo parece irrelevante esta polêmica. Por isso trataremos tão somente como especialidades.

Veja-se ainda, por exemplo, o que diz a Consolidação Normativa Notarial e Registral (CNNR - 2020) do Rio Grande do Sul:

Art. 416 – Aplicam-se ao serviço, à função e à atividade registral imobiliária, além da impessoalidade, moralidade e eficiência, os seguintes princípios próprios:

IX – especialidade objetiva – a exigir a plena e perfeita identificação do imóvel nos documentos apresentados para registro, entendido isso pela observância dos requisitos previstos no art. 176, §1º, II, 3 e no art. 225 da Lei nº 6.015/73, o que pode se dar pela instrução do título com documentos oficiais, e ressalvadas as exceções legais que autorizam a apuração de remanescente em momento posterior (vias férreas, aplicação dos arts. 195-A e 195-B da Lei nº 6.015/73, desapropriações judiciais, regularizações fundiárias, More Legal e Gleba Legal);

X – especialidade subjetiva – a exigir a perfeita identificação e qualificação das pessoas nomeadas nos títulos levados a registro, especialmente no momento da aquisição do direito real, entendido isso pela observância exclusiva dos requisitos do art. 176, §1º, II, 4 e III, 2 e do art. 244 da Lei nº 6.015/73, e ressalvadas as exceções legais (incisos I a III do §2º do art. 10 e do inciso VI do art. 38 do Decreto nº 9.310/18).

O art. 416 da CNNR do RS é eloquente: para cumprir os “princípios” da especialidade subjetiva e objetiva é necessário que haja “perfeita identificação do imóvel”, “perfeita identificação e qualificação das pessoas”.

Ocorre que, se no âmbito civilista clássico é relativamente fácil e logicamente adequado exigir o cumprimento das referidas especialidades, mas quando entramos na seara dos direitos difusos, coletivos e sociais, a situação exige uma interpretação completamente diversa. Noutras palavras, ao focar em questões registrais de imóveis inseridos em áreas da cidade onde a formalidade é a regra, a dita cidade formal, o manejo das especialidades subjetiva e objetiva é um, já naquelas outras áreas onde a informalidade impera (favelas, comunidades periféricas etc) impreterivelmente o manejo será outro.

A partir de agora, impõe-se um certo desvio nas considerações até aqui expostas com o objetivo de contextualizar a regularização fundiária como um todo, incluindo suas questões registrais. Esse mergulho é imprescindível para desenvolver uma interpretação atenta dos motivos e valores que sustentam a implementação da regularização fundiária, para com isso, permitir a construção de um olhar especial no manejo da especialidade objetiva e subjetiva em

relação àquela, visando, sobretudo seu motivo social em conjunção às regras previstas na Lei 13.465/17.

3. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

A regularização fundiária não é uma forma qualquer de intervenção do Estado em determinado território, mas traz em seu bojo a possibilidade de contribuir com a diminuição de enormes e significativos problemas urbanos que podem ser enfrentados a partir da sua implementação. Trata-se de um fenômeno instrumental de várias dimensões intimamente ligado à possibilidade de eliminação de muitas injustiças sociais. Para que se realize efetiva e satisfatoriamente, deve abranger um trabalho jurídico, urbanístico, físico e social. A ausência de qualquer dessas dimensões ocasiona a diminuição do seu objetivo integral e leva a inevitáveis perdas sociais.

No entendimento de Betânia Alfonsin (2007, p. 78):

Regularização fundiária é um processo conduzido em parceria pelo Poder público e população beneficiária, envolvendo as dimensões jurídica, urbanística e social de uma intervenção que, prioritariamente, objetiva legalizar a permanência de moradores de áreas urbanas ocupadas irregularmente para fins de moradia e, acessoriamente, promove melhorias no ambiente urbano e na qualidade de vida do assentamento, bem como incentiva o pleno exercício da cidadania pela comunidade sujeito do projeto.

Portanto, o processo de regularização fundiária deve ser fundamentado e operacionalizado dentro de um mecanismo multidisciplinar, a fim de integrar de forma conjunta e organizada a preparação do território nos seus vários aspectos. Observa-se ainda que a presença do poder público é necessária não apenas durante o procedimento, mas também posteriormente, para acompanhar e respaldar as novas adaptações. O procedimento de regularização envolve uma série de medidas: obras de urbanização ou reurbanização, adequação da legislação urbanística a área beneficiada, apoio e motivação dos moradores para a auto-organização para a melhoria da qualidade de vida da comunidade, adequação fiscal,

implementação de tarifa social e, finalmente, a regularização jurídica dos lotes (titulação e registro).

3.1.1 O desafio da titulação na regularização fundiária

Questão das mais tormentosas com relação à manutenção das comunidades nas áreas ricas da cidade é a titulação da terra por meio da propriedade. A regularização fundiária é um importante instrumento jurídico de acesso à moradia, mas quando culmina em distribuição de títulos de propriedade pode mercantilizar o que antes era considerado um valor de uso. Alguns países adotaram a teoria de Hernando de Soto, economista peruano, que calculou o patrimônio informal das comunidades (capital morto) em muitos bilhões de dólares, e ainda afirmou que a titulação daquele patrimônio por meio de propriedade movimentaria a economia e transformaria o capital ao permitir aos beneficiários o exercício de alguns direitos, tais como a aquisição de financiamento e constituição de hipoteca (SOTO, 2001).

Entretanto, um dos maiores freios à especulação imobiliária nas áreas em questão é, justamente, a precariedade do título a que estão submetidos os seus moradores, a posse, já que esta retira tais áreas do mercado formal especulativo. Logo, uma política de distribuição de títulos de propriedade desacompanhada de outras ações políticas e jurídicas mostra-se vulnerável à segurança da posse para fins de moradia e manutenção das comunidades. Nesse diapasão, os contratos de compra e venda podem ser amplamente abertos ao mercado especulativo, e, em pouco tempo, a classe mais abastada e os empresários incorporadores poderão dominar essas áreas, tornando-as mecanismo do valor de troca em detrimento do valor de uso antes exercido.

Nesse último ponto reside a crítica à teoria de Soto. A regularização fundiária, como já dito, é um processo importante para a produção do espaço urbano porque pode promover todos os benefícios anteriormente citados. Entretanto, o nóculo na análise do autor está no fato de afirmar que a distribuição de títulos de propriedade na regularização da terra soluciona os entraves econômicos e sociais, uma vez que proporcionaria o crédito formal garantido pelo título de propriedade, fomentando a possibilidade de reformas e melhorias nos imóveis regularizados, além de inserirem os moradores no mercado imobiliário formal. Este

entendimento, no entanto, é colocado em xeque quando se pensa em estimular o acesso e a segurança à moradia digna, suscitando outras soluções jurídicas.

Como já colocado, a precarização do título é um mecanismo de proteção e manutenção das comunidades no sentido de afastar a manipulação do mercado imobiliário. A distribuição de títulos de propriedade esvaziaria essa proteção, deixando os moradores descobertos pela formalidade e reféns da lógica do mercado. Logo, para estimular o acesso à moradia digna e garantir mais a sua segurança deve-se recorrer a um instrumento jurídico mais eficaz, como por exemplo, a concessão do direito de uso.

Programas isolados reforçam o ciclo vicioso da exclusão diante da ausência de outras ações públicas que garantam aos beneficiados o suporte necessário para manter a posse onerada pelo sistema formal. Esse desequilíbrio compele a alienação da propriedade ao mercado, e como consequência, leva o morador alienante a transferir sua residência para uma área periférica da cidade.

Além do perigo da “remoção branca”, de Soto não demonstra de forma coerente que o título de propriedade garantiria a facilitação de crédito, que, segundo o autor serviria, principalmente, para promover melhorias nos imóveis. Afinal, o que garante que milhares de barracos, casas e apartamentos populares cujos proprietários beneficiaram-se com a titulação da propriedade, servirão de garantia a financiamentos bancários? Tais empréstimos, na hipótese de inadimplência, podem até facilitar a remoção de moradores e a aquisição de grandes áreas para especulação. Esse encadeamento creditício não condiz com a lógica do mercado financeiro brasileiro, onde a hipoteca não é comum e muito menos o mútuo garantido pela propriedade.

Edésio Fernandes (2003) citando estudo elaborado por Calderón (2001), identificou que, após a execução massiva de programas de regularização fundiária realizados no Peru, a partir das ideias defendidas por de Soto, um número inexpressivo de beneficiados efetivamente obteve acesso a crédito oficial e sistemático.

Na realidade, a simples distribuição de títulos de domínio não pode representar a finalidade da regularização fundiária, porque o seu aspecto principal está vinculado a todas as ações multidisciplinares acima colocadas. Estas significariam um avanço social e urbanístico nas comunidades, a fim de integrá-las ao contexto socioespacial da cidade. A integração ideal

seria facilitada por uma política de reconhecimento munida de ações conjuntas, direcionadas às demandas econômicas e culturais das comunidades envolvidas na regularização.

A distribuição de títulos pouco garante a segurança da posse em determinadas áreas mais valorizadas, e ainda repassa aos moradores o ônus de mantê-la sem nenhum estímulo estratégico do poder público. Afinal, compete aos beneficiados conseguir firmar contrato de hipoteca ou financiamento sem convênio ou programa que o facilite, e ainda promover as obras pertinentes no seu imóvel mesmo que no entorno falte a estrutura urbana básica, além de ter que ser adimplente diante da nova realidade e sem assistência alguma. Observa-se que o processo de regularização fundiária, para ser eficaz, precisa intermediar diversos incentivos e ações públicas.

A reflexão crítica exposta pondera as consequências e responsabilidades das ações do Estado diante de um futuro mediato, de forma que, posteriormente, tais medidas não provoquem o desvirtuamento das intenções originais.

Diante dos questionamentos apresentados, é pertinente considerar outras formas de titulação para o processo de regularização fundiária diante da possibilidade de se mostrarem mais em consonância com a garantia do direito à moradia social.

3.1.2 Títulos eficazes à manutenção do direito à moradia

A utilização do instrumento de concessão do direito de uso da terra, como alternativa à transferência de títulos individuais de propriedade plena, mostra-se mais eficiente à promoção da segurança da posse e moradia social (FERNANDES, 2003). Tal direito surgiu no nosso ordenamento como opção jurídica à legalização da posse em terras públicas, já que estas não podem sofrer usucapião. Dessa forma, funcionaria como um equivalente a possibilidade de legalizar a posse em terras privadas por meio da usucapião, uma vez que a terra pública também poderia ter a posse legalizada por intermédio da concessão de uso (SAULE JUNIOR, 2001).

A partir do marco constitucional da função social da propriedade, uma nova mentalidade surgiu no que concerne à aplicação e conceito desse direito. A propriedade perdeu sua condição de direito quase absoluto e passou a incluir na sua conceituação o elemento da função social. Isso significa que o seu exercício não possui mais um caráter individual, mas coletivo, devendo,

portanto, ser exercido em direção ao bem-estar social, sem resvalar em ociosidades e especulações contrárias à função social.

Dessa forma, normas constitucionais emergiram da luta do movimento da reforma urbana e o capítulo da Política Urbana foi introduzido no texto constitucional. Na construção da nova mentalidade desenhada para o direito de propriedade, o artigo 183, § 1º, menciona que o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil (BRASIL, 1988).

Como o artigo 183, caput, estipula os requisitos da usucapião urbana para a aquisição da propriedade particular, a concessão de uso ficou como suporte jurídico para a aquisição da segurança da posse na terra pública, já que a mesma é insuscetível de usucapião. Possui duas modalidades: Concessão de Uso Especial para fins de Moradia (CUEM) e a Concessão de Uso de Direito Real (CDRU) (BRASIL, 1988).

Respaldado na normatização constitucional e no pressuposto ético/jurídico de que terra pública também deve atender a uma função social, o Estatuto da Cidade determinou a Concessão de Uso Especial para fins de moradia (CUEM) como instrumento garantidor da segurança da posse privada no imóvel público. Estabeleceu-se um contraponto à possibilidade de aquisição da usucapião em terras particulares e ofereceu-se um caminho jurídico à aquisição da moradia em terras públicas.

Os dois instrumentos urbanísticos foram regulados pelo Estatuto da Cidade, sendo que os artigos referentes à CUEM foram vetados pelo presidente Fernando Henrique Cardoso sob os seguintes argumentos:

1. a expressão “edificação urbana”, que visaria a permitir a regularização de cortiços em imóveis públicos, poderia se prestar a gerar demandas do direito por parte de ocupantes de habitações individuais (referindo-se aos “imóveis funcionais”) de até 250m²;
2. o projeto de lei não ressalvaria do direito à concessão de uso especial os imóveis públicos afetados ao uso comum do povo, como praças e ruas, assim como áreas urbanas de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental ou destinadas a obras públicas; nesses casos dever-se-ia possibilitar a satisfação do direito à moradia em outro local;
3. o texto aprovado no Congresso não estabelecia uma data-limite para a aquisição do direito à concessão de uso especial;

4. não havia definição expressa de um prazo para que a Administração Pública processasse os pedidos de concessão de direito de uso, o que poderia vir a congestionar o poder judiciário (BRASIL, 2001).

Ao expor as razões do seu veto, o presidente afirmou que, em consideração à importância e validade do instituto da CUEM, o Poder Executivo submeteria, sem demora, ao Congresso Nacional um texto normativo para preencher a lacuna.

Em razão disto, foi editada a Medida Provisória 2.220, de 04 de setembro de 2001, estabelecendo:

Art. 1º - Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Dessa forma, para alguns autores, a MP conferiu um direito subjetivo aos ocupantes de imóvel público que preenchessem os requisitos da lei, alterando significativamente o panorama jurídico anterior que apenas atribuía ao poder público a faculdade conceder o *uso da terra pública*. Para Nelson Saule Jr. (2001), a concessão de uso deixa de ser uma faculdade do Poder Público para efeito de promover a regularização fundiária de áreas ocupadas pela população de baixa renda.

Essa forma de atribuir natureza de direito subjetivo à CUEM em contraposição à antiga faculdade que o poder público possuía em conceder ou não o uso do solo, reflete a função social e o seu paralelismo com a Usucapião. Este último instituto impõe ao particular a perda da propriedade por decisão social, quando o possuidor implementa os requisitos legais. Ao particular não é dada a faculdade de concordar ou não. Da mesma forma, através da CUEM, a terra pública é concedida, constituindo um direito subjetivo do possuidor, e não uma faculdade do Estado.

Ainda com relação à CUEM, pode-se afirmar que, a partir da Medida Provisória que a instituiu, o particular tem o direito de continuar a exercer sua posse qualificada pela moradia mediante a comprovação dos requisitos legais. Portanto, o seu manejo permite que a terra

permaneça sob o domínio público e a segurança da posse seja garantida por contrato administrativo firmado entre o particular e o poder concedente. Garante-se ainda o direito de moradia por meio de sentença judicial se, decorridos 12 meses (art. 6º, §1º, MP 2.220/01) da data do pedido de CUEM, não houver um parecer conclusivo sobre a solicitação formulada. A ação judicial será proposta com fundamento no direito subjetivo conferido ao beneficiário e o correspondente dever jurídico do Estado relacionado a esse direito, sinalizando-se que não se trata de entendimento pacífico no meio jurídico.

Em que pese a existência de controvérsia dentro do Poder Judiciário acerca da CUEM ser um direito subjetivo, Betânia Alfonsin (2002) afirma que, diante da ausência de resposta do Poder Público para deflagrar processo de regularização fundiária, competirá ao Poder Judiciário, devidamente provocado, a declaração de que incide o direito subjetivo do ocupante à concessão de uso especial para fins de moradia.

A CUEM admite a forma individualizada ou coletiva. Os processos de regularização fundiária podem, ao final, determinar a sua instituição. Nesses casos, será constituído um condomínio que, a princípio, se dividirá em frações ideais que não precisarão corresponder à metragem real de cada imóvel, funcionando apenas como um facilitador prático ao registro. Entretanto, a Lei não restringe o condomínio a esse tipo de fracionamento, uma vez que poder-se-á firmar um acordo, por escrito, e estabelecer dimensões diferenciadas para as frações ideais correspondentes ao tamanho real dos lotes, esse documento acompanhará o registro da concessão coletiva.

A CUEM pode ser requerida como instrumento de política habitacional não somente em áreas de ocupação irregular. O seu manejo também é cabível nos casos em que a moradia se deu por meio de inscrição nos órgãos habitacionais competentes.

As diretrizes e objetivos do Estatuto da Cidade apontam para: “a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais” (art. 2º).

Essa dinâmica de regularização visa ao bem estar da comunidade em todos os seus aspectos, o que inclui a necessidade de identificar as moradias localizadas nas áreas de risco.

Esse mapeamento territorial teria o objetivo de transferir as residências para um local mais adequado.

A MP 2220/01 (art. 4º) garante que as moradias em situação de risco sejam transferidas para uma área segura, desde que cumpridos os requisitos para CUEM. Essa determinação não consubstancia mera faculdade concedida ao poder público, ao contrário, trata-se de norma dispositiva. Portanto, obriga o poder público a garantir moradia segura no contexto descrito. Diferentemente das moradias localizadas em área de preservação ambiental, onde, ao Estado, é facultado, de acordo com o art. 5º da MP, alocar ou não as moradias. Esse dispositivo veio como resposta ao veto presidencial que colocou como motivo à vedação a ausência de regulamentação para as áreas de preservação ambiental, e ainda, as de uso comum do povo, as destinadas a projeto de urbanização, as de interesse da defesa nacional, as de proteção dos ecossistemas naturais, as reservadas à construção de represas e obras congêneres e as situadas em via de comunicação.

Outro instrumento que pode ser utilizado na política habitacional é a Concessão de Direito Real de Uso (CDRU). Não representa um direito subjetivo do particular, mas garante a segurança da posse por revestir-se como um título não precário, e também conferir direito à indenização na eventualidade de sua extinção.

Esse instrumento possui natureza de ato negocial e pode ser transferido por meio de contrato. Admite a forma condominial ou individual e resguarda os direitos sucessórios. Em que pese admitir contratação por tempo indeterminado, de forma geral, em terras públicas, o Estado concede o seu uso por longos prazos (noventa/noventa e nove anos) podendo ser renovado. É obrigatoriamente aceito como garantia para aquisição de financiamento habitacional, de acordo com o artigo 48, inciso II do Estatuto da Cidade, o que facilita o acesso ao crédito formal.

Com relação à instituição de concessão de uso nos processos de regularização fundiária, não podemos deixar de fazer uma reflexão quanto ao aspecto da liberdade pessoal do beneficiado, isto é, o entendimento de que haveria uma suposta submissão dessas pessoas em relação à segurança da posse através dos instrumentos de concessão de uso. Para essa corrente de pensamento, o concessionário perde o direito de usufruir da valorização especulativa do mercado, uma vez que a área torna-se blindada por tais instrumentos, isto significa que ao

mesmo tempo em que os instrumentos de concessão de uso impedem o risco da gula do mercado imobiliário ao integrarem uma política de moradia repelente a lógica de mercado, igualmente restringem o direito ao livre comércio imobiliário por parte dos concessionários. Nesse contexto, perde-se o direito à propriedade da moradia, mas ganha-se na segurança da posse.

A intenção das restrições jurídicas, perpetradas pelos instrumentos em questão, serve justamente para manter o padrão comunitário da área e atender ao direito de moradia da população de baixa renda. Dessa forma, o valor dos imóveis não aumentaria de forma especulativa, de acordo com a lógica do mercado.

A reserva de áreas públicas com a concessão de uso para moradia integra a execução de uma política pública de habitação social. Portanto, o mercado imobiliário não poderia atuar livremente na formação dos preços dos imóveis. Na realidade, aos moradores é permitido transferir seus títulos de concessão entre os interessados que reúnem o mesmo perfil econômico, sem o ônus da especulação, mas com o bônus da justiça social.

Essas considerações sobre titulação na Regularização Fundiária foram aqui descritas com a finalidade de galgar um raciocínio jurídico construído a partir de uma base fática e legal, que permita a sustentação de uma interpretação dos atos registrais, segundo a novel legislação sobre Regularização Fundiária, e de forma condizente a concretização do direito social à moradia.

Nessa linha condutiva, no próximo capítulo, passa-se a desenvolver de forma mais específica as questões registrais frente a Regularização Fundiária.

4. A ESPECIALIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

Como vimos, i) o registro de imóveis tem por finalidade outorgar segurança jurídica às relações envolvendo títulos apresentados à registro vez que examina através do processo chamado qualificação registral sua compatibilidade com o Direito; e, por sua vez, ii) a regularização fundiária objetiva legalizar a situação de moradores de áreas urbanas ocupadas irregularmente no fito de promover o direito à moradia e à cidade.

Dito isso, é necessário pontuar que a qualificação registral em sede de regularização fundiária - ou, em outras palavras, a imbricação entre as finalidades de segurança jurídica e

direito à moradia e à cidade - possuem características especiais. Considerando que a regularização fundiária recai sobre áreas irregulares, em regra de população de baixa renda, não é apenas a porção de território que está irregular. Em muitos casos, tampouco a situação jurídica sucessória, contratual, condominial, etc da população que vive nessa área está regular. Isto é, são pessoas e territórios que estão à margem do Direito. Daí que, se a qualificação registral for tomada em seu sentido civil-negocial tradicional, a regularização fundiária pode se tornar inviável e não atender à sua finalidade.

Analisando o processo de retificação em Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) e regularização fundiária, Luciano Lopes Passarelli admite que o registro de imóveis deve privilegiar o polo constitucional do direito à moradia afinal “Trata-se, pois, do reconhecimento de que, na busca da concretude do direito fundamental à moradia, estampado no art. 6.º da CF/1988, deve o Poder Público facilitar o exercício desse direito” (PASSARELLI, 2011, p. 12).

Ao seu turno, Marcelo Rezende Couto e Fernando do Nascimento defendem que o registro de imóveis contemporâneo deve flexibilizar em algum grau a especialidade subjetiva e objetiva. Dizem que, se for possível determinar quem são as pessoas e qual é o imóvel/direito, faz-se desnecessário atender nos mínimos detalhes as especialidades. Veja-se:

Deve-se combater a interpretação de que a ausência de todos os dados “de especialização subjetiva” impedem a abertura de matrícula, bem como impedem a prática de qualquer tipo de ato posterior na matrícula. Havendo a devida determinação subjetiva, será que se justifica negar a inscrição de título cujo ato ou negócio jurídico é válido e eficaz? (...) A deficiência da especialização objetiva, contudo, não vem impedindo a continuidade da escrituração dos atos de alienação no país. (NASCIMENTO; COUTO, 2020, p. 237).

E percebe-se que Marcelo Rezende e Fernando do Nascimento defendem essa linha de interpretação como regra, portanto para qualquer título - e não apenas para o título lastreado em regularização fundiária.

Mais ou menos no mesmo sentido, o mesmo também faz o Código de Normas de São Paulo. Ali, abre-se uma espécie de exceção, registra-se e depois regulariza-se a exceção:

Art. 770. Para fins de registro ou averbação, não constando da matrícula ou transcrição a qualificação completa, atual e correta das partes e do imóvel, deve o oficial de registro exigir a prévia inserção, atualização ou retificação de dados, fazendo as averbações correspondentes.

§1º Ainda que ausentes alguns elementos de especialidade objetiva ou subjetiva, mas desde que haja segurança quanto à localização do imóvel, a critério do oficial, a matrícula poderá ser aberta com lançamento da averbação de ofício, de notícia, nos seguintes termos: ‘Para a prática de atos voluntários relativos à transmissão ou constituição de direitos que tenham por objeto o imóvel desta matrícula, o interessado deverá suprir omissões e imperfeições de natureza subjetiva e objetiva, nos termos do Art. 213 da Lei 6.015/73.’

§2º Os elementos de especialidade objetiva ou subjetiva, que não alterarem elementos essenciais do ato ou negócio jurídico praticado, quando não constantes do título ou do acervo registral, poderão ser complementados por outros documentos ou, quando se tratar manifestação de vontade, por declarações dos proprietários ou dos legitimados, sob sua responsabilidade.

§3º Atendidos os requisitos da especialidade objetiva e subjetiva, a averbação mencionada no parágrafo segundo será cancelada, de ofício.

A própria Lei de Registros Públicos apresenta nuances e exceções, vide o artigo 176, §15:

Ainda que ausentes alguns elementos de especialidade objetiva ou subjetiva, desde que haja segurança quanto à localização e à identificação do imóvel, a critério do oficial, e que constem os dados do registro anterior, a matrícula poderá ser aberta nos termos do disposto no § 14. (grifo nosso).

A despeito das críticas ao “modelo peruano” de regularização fundiária, é notável que como sucedâneo lógico daquele modelo haveria de ter uma qualificação registral correspondente. É isso que afirma o título “IV Calificación”, artigo 31:

Artículo 31.- Definición La calificación registral es la evaluación integral de los títulos presentados al registro que tiene por objeto determinar la procedencia de su inscripción. Está a cargo del Registrador y Tribunal Registral, en primera y en segunda instancia respectivamente, quienes actúan de manera independiente, personal e indelegable, en los términos y con los límites establecidos en este Reglamento y en las demás normas registrales. En el marco de la calificación registral, el Registrador y el Tribunal

Registral propiciarán y **facilitarán las inscripciones de los títulos ingresados al registro.** (grifo nosso) (PERU, 2012).

O fato é que uma qualificação registral adequada à Constituição Federal de 1988 e ao propósito da regularização fundiária, desde que se saiba sem dúvida quem são as pessoas e imóveis envolvidos no processo de regularização fundiária, poderá flexibilizar aspectos formais da especialidade objetiva e subjetiva e, mesmo assim, estará salvaguardando a finalidade do registro de imóveis: a segurança jurídica; e principalmente, as finalidades constitucionais subjacentes à regularização fundiária: o direito fundamental à moradia e à cidade.

Não nos parece útil de antemão delinear todas as hipóteses e aspectos já que são tantos e tão variados que o rol sempre seria exemplificativo. É, afinal, o caso concreto que irá balizar a compreensão/interpretação/aplicação. O que, sim, deve-se ter em mente é a característica geral da qualificação registral da especialidade subjetiva e objetiva em sede de regularização fundiária: ausência de um ou outro requisito formal não deve ser óbice ao registro desde que seja possível saber qual imóvel e quem é/são as pessoas. E isto vale tanto para fins de identificar o território que será objeto da regularização fundiária quanto para o(s) imóvel(is) que serão resultado da regularização fundiária. E o mesmo vale tanto para os antigos titulares de direitos reais quanto para aqueles que foram titulados (beneficiados) após o procedimento de regularização fundiária.

No início deste texto, procurou-se vincular o registro de imóveis às suas finalidades (objetiva e substantiva), publicidade, autenticidade, segurança e eficácia, nos termos do art. 1º da Lei 8.935/94; e segurança jurídica, respectivamente. Foi dito ainda que as duas finalidades com maior pertinência às especialidades subjetivas e objetivas são a autenticidade e a segurança.

O assunto é novamente trazido à baila considerando que a qualificação registral em sede de regularização fundiária é, em si, *sui generis*, isto é, uma exceção à regra geral. Mesmo assim, ao que parece, uma exceção que não viola a autenticidade e a segurança jurídica se não pairar dúvida sobre quem são as pessoas/coisas envolvidas na regularização.

Cabe salientar ainda, a determinação do Decreto 9310/2018 que regulamenta a Lei 13.465/2018, o qual expressamente dispõe que na hipótese de REURB-S bastaria o nome completo, estado civil e CPF dos beneficiários da regularização:

Art. 10, § 2º A qualificação dos beneficiários a que se refere o § 1º será constituída de:

I - nome completo;

II - estado civil; e

III - número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF

Por fim, acredita-se que não cabe ao Oficial de Registro impor obstáculos que o legislador não pôs. O momento de definição política, econômica, moral etc está antes e durante a produção legislativa. Depois, aquele que age em nome do Estado deve seguir a opção do legislador, que neste caso, se alia a uma *filtragem hermenêutica* adequada a ser realizada por intermédio da linguagem intersubjetiva do Direito, sob pena de não se entregar a segurança jurídica (uma vez que, que não haveria um mínimo de previsibilidade quanto ao *modo* no momento de produção do *título*) e ainda, sob o risco de se seguir preso ao paradigma do sujeito solipsista, discricionário e anti-democrático. Afinal, o registro é público, e não privado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo assim, para fins de Regularização Fundiária os atos registrais podem ser interpretados de forma intersubjetiva anti discricionária desde que salvaguardada a certeza das partes e imóveis envolvidos, permitindo com isso, a titulação de inúmeros imóveis que restariam irregulares sem essa alvissareira interpretação legal.

Em inúmeras comunidades, principalmente nos grandes centros urbanos, a realidade imobiliária não permite que se identifique de forma precisa muitos imóveis que compõem o seu tecido, nestas situações, a regularização e os atos registrais se coadunam num coeficiente articulado a fim de que o objetivo final, que é o registro de um título que melhor se adegue às necessidades dos beneficiários, seja levado a termo.

Lembrando, ainda, que a titulação não seria o final de uma Regularização Fundiária, visto que, o seu processo de forma instrumental pode se findar com o registro imobiliário, mas as melhorias urbanísticas e de serviços e equipamentos públicos, que por ventura, constem na

Certidão de Regularização Fundiária (CRF) e ainda não estiverem implementadas, dão continuidade aquele procedimento com a obrigatoriedade expressa no registro de imóveis.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia. Da concessão de uso especial. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

ALFONSIN, Betânia. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. In: ROLNIK, Raquel *et al.* (Coord.). **Regularização fundiária sustentável: conceitos e diretrizes**. Brasília: Ministério das Cidades, 2007. p. 69-98.

BOTTEGA, Jéverson Luís. **Qualificação registral imobiliária à luz da crítica hermenêutica do direito: equanimidade e segurança jurídica no registro de imóveis**. Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2021.

BOTTEGA, Jéverson Luis; FOGAÇA, Lucas. O artigo 22 da Lei 10.931/2004 e a alegoria do centauro: interpretação conforme o sistema registral brasileiro. **Revista de Direito Imobiliário**. vol. 87. ano 42. p. 193-213. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição brasileira, 1988**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 292 p.

BRASIL. Lei 10.257/01, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 11 jul. 2001.

CUNHA, Neiva; MELLO, Marco Antônio. A UPP e o processo de urbanização na favela Santa Marta: notas de campo. In: Marco Antonio da Silva Mello (org.). **Favelas cariocas – ontem e hoje**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 433-474.

DO NASCIMENTO, Fernando Pereira; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. Revisitando a especialidade subjetiva sob a ótica do “Novo Registro de Imóveis”. 2020. **Revista de Direito Imobiliário**. vol. 88. ano 43. p. 227-244. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2020.

FERNANDES, Edésio. **Perspectivas para a renovação das políticas de legalização de favelas no Brasil**. ABRAMO, Marta (org.) [et al.]. Regularização fundiária plena conceitos e diretrizes. Ministério das Cidades: Brasília., 2003, p. 35-67.

GOMES, Orlando. A introdução do princípio da continuidade do registro. **Revista de Direito Imobiliário**, 1ª edição, 1978.

JARDIM, Mônica. **Efeitos substantivos do registro predial – terceiros para efeitos de registro**. Almedina, 2015.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2021.

NASCIMENTO, Fernando Pereira do; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. Revisitando a especialidade subjetiva sob a ótica do “Novo Registro de Imóveis”. **Revista de Direito Imobiliário**. vol. 88. ano 43. p. 227-244. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2020.

PASSARELLI, Luciano Lopes. Retificação do registro de imóveis, regularização fundiária e as Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS). **Doutrinas Essenciais de Direito Registral**. Brasília, v. 6, 2011.

PERU. **Reglamento general de los registros publicos**. Res. 126/2012 SUNARP-SN. Disponível em: [<https://bit.ly/2ToBhqQ>]. Acesso em: 21.03.2022

SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: safe, 2004. 536 p.

SOTO, Hernando de. **O mistério do capital. Porque o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo**. Rio de Janeiro: Record, tradução de Zaida Maldonado. 2001.

1. INTRODUÇÃO

É correto afirmar que os Municípios possuem necessidade de arrecadação, como qualquer ente federativo, assim como é necessário que Lei Complementar federal estabeleça a norma geral daqueles tributos que serão de competência municipal, cabendo ao Município, apenas, estabelecer normas específicas quanto a esta tributação. Este é o caso do ISS, o qual a Lei Complementar nº 116/2003 estabelece as hipóteses de incidência sobre as quais o Município pode ou não instituir a cobrança do imposto.

Contudo, o problema nasceu pelo fato da hipótese incidência, prevista na norma geral, estabelecer que os serviços notariais, cartorários e registrais seriam fato gerador para a incidência de ISS, o que fundamentou a proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.089/DF, a qual pedia a declaração de inconstitucionalidade dos itens 21 e 21.1 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, em razão do instituto constitucional da imunidade tributária recíproca incidir sobre esses serviços. Porém, em 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou improcedente a ação e declarou a constitucionalidade dos itens.

O causídico é que os serviços notariais, registrais e cartorários, estão longe de ser serviços comuns ou serviços que podem ser classificados em algum tipo de categoria, assim como os agentes que os prestam, os Tabeliães e Oficiais de Registro, são agentes públicos de natureza controvertida e pouco estudada pela doutrina e pela jurisprudência, o que torna a constitucionalidade dos itens 21 e 21.1, um assunto muito mais complexo e mais extenso, devendo ser analisado com mais cuidado e perícia do que foi pela ADI nº 3.089/DF em 2008.

Após mais de 11 anos da supracitada decisão do STF, a nova composição da corte, vem tecendo decisões que, de forma direta, abalam os fundamentos que delinearão a decisão tomada em 2008, trazendo à tona uma possível inconstitucionalidade que perdura mais de uma década.

2. A NATUREZA DOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS E DOS SERVENTUÁRIOS

O cartório extrajudicial é nada mais do que o local em que reside o domicílio profissional do tabelião ou registrador, não possui personalidade jurídica, ou seja, não passa de uma repartição administrativa. Assim, as serventias extrajudiciais não podem ser consideradas órgãos públicos, muito menos uma empresa, são semelhantes às Varas Judiciais – diferenciando-se pelo fato das varas judiciais serem consideradas órgãos do Poder Judiciário –, estas são apenas o local em que o juiz de direito habitualmente exerce suas funções. Aparando eventuais dúvidas, Luiz Guilherme Loureiro (2017, p. 70-71) doutrina da seguinte forma:

“Portanto, o cartório não se confunde com a sociedade ou com qualquer outro ente personalizado. Da mesma forma seu conceito não equivale ao do estabelecimento, que é um complexo de bens organizados para o exercício da empresa (CC, art. 1.142). O cartório, como vimos, é apenas um feixe de atribuições ou competências criadas por lei ou, nas palavras do legislador, uma "organização técnica e administrativa destinada a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos" (art. 1 da Lei n. 8.935/94). [...] Portanto, a nosso ver é errônea a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de justiça segundo a qual o cartório extrajudicial constitui uma "empresa" expressa em inúmeras decisões relativas à base de cálculo do imposto sobre serviço na atividade notarial e de registro.”

Chega-se então à definição jurídica do serventuário (notário e/ou registrador), estes são os agentes públicos que recebem a delegação estatal para prestar serviços de fé pública, após serem aprovados em concurso público de provas e títulos, conforme dispões o §3º do art. 236 da Constituição Federal. Porém, existem questionamentos quanto à natureza destes agentes, se são servidores públicos, ou seja, pessoas integrantes do Poder Público ou meros parceiros prestadores de serviços públicos.

Os que seguem a corrente de que os notários e registradores não são servidores públicos, justificam sua ideia pelo disposto no art. 236 da Carta Magna, em razão do seu texto ser exposto ao dizer que os serviços notariais e de registro possuem caráter privado, assim entendeu a Suprema Corte ao analisar a ADI nº 2602/MG, ocasião em que o colegiado enfatizou a distância dos serventuários da composição da administração pública.

José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 1123-1124) entende que os notários e registradores não seriam servidores públicos, mas apenas uma outra categoria de agentes públicos denominados de agentes colaboradores, sendo estes, pessoas particulares que exercem uma função pública, contudo, sem perderem sua natureza de particular.

Com respeito ao entendimento do autor e do STF, não é possível concordar com tal posicionamento. Primeiramente, pode-se entender o conceito de servidor público, de uma forma mais ampla, como aqueles que exercem uma atividade pública, possuem vínculo empregatício com o Poder Público e são remunerados pelo próprio erário. Estes acabam sendo divididos em servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários, conforme conceitua Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 680), que na mesma obra adere ao entendimento de que os notários e os registradores são apenas colaboradores com o Poder Público (2017, p. 687). Contudo, segundo Ivan Barbosa Rigolin (2012, p. 57) esta classificação é desnecessária e apenas modal, tendo o conceito de servidor público uma só definição:

“Nesse sentido, cumpre preservar o sentido clássico, imorredouro e necessário da expressão servidor público, que não depende nem pode depender da tópica e circunstancial definição nem da Lei n. 1.711/52, nem da L. 8.112, nem de lei outra alguma, nem pode curvar-se ao casuísmo governamental deste ou daquele momento, como se a moda do dia fosse permanecer, e como se apenas de caprichos e de modas se pudesse construir uma sólida doutrina jurídica. [...] Servidor público sempre foi, é sem dúvida alguma, e ao que tudo faz crer para sempre será, o cidadão vinculado por algum regime de trabalho à Administração pública, seja qual for esse regime, e, dentro dele, seja qual for a natureza — permanente ou em confiança — daquela vinculação.”

Seguindo este caminho, percebe-se que os serventuários não são meros particulares em colaboração com o Poder Público, mas verdadeiros servidores públicos. Primeiramente, pelo fato de estarem vinculados a um regime de trabalho ao Poder Público, seja estatutário, caso entenda-se a conhecida lei dos cartórios, Lei nº 8.935/94, como o estatuto destes servidores, o que seria plenamente aceitável.

O regime de trabalho dos serventuários para com o Poder Público, também se enquadra em uma situação empregatícia comum, trazendo como enquadramento os clássicos fundamentos fáticos e jurídicos que caracterizam uma relação de emprego, seja a prestação de serviço por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação Maurício Goldinho Delgado (2017, p. 330-331). Já se sabe que os delegados de fé pública são os notários e registradores (pessoas físicas) e tais serviços são prestados ao Estado, tendo em vista que prestam uma atividade reconhecidamente estatal. Os atos destinados aos notários e registradores devem ser prestados com pessoalidade, bem como em razão de sua delegação, os serviços são prestados de forma contínua, até que se der um dos casos do art. 39 da Lei nº 8.935/94 (não eventualidade), além de serem prestados de forma onerosa, o que se ver

pela tabela de emolumentos estipulada em cada Estado. Por fim, os serventuários estão subordinados ao Poder Público já que além da fiscalização estatal, a perda de sua delegação depende de processo judicial ou processo administrativo, segundo o art. 35 da Lei dos Cartórios⁷.

Assim, deve-se relevar que o processo administrativo tratado deve ser considerado processo administrativo disciplinar, já que visa apurar um fato e disciplinar um agente da administração pública, bem como demonstra o poder de hierarquia da Administração Pública. Ressalte-se que tal processo administrativo é notoriamente aplicado apenas para servidores públicos: “*Processo administrativo-disciplinar é o instrumento formal através do qual a Administração apura a existência de infrações praticadas por seus servidores e, se for o caso, aplica as sanções adequadas.*” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 999).

José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 599-600) traz outras características ao perfil do servidor público que se encaixa com os serventuários. Primeira característica é a profissionalidade, ou seja, o agente deve efetivar atos públicos como sua efetiva profissão, sendo uma categoria própria de trabalhadores, não havendo razão para não incluir os serventuários nesta categoria, já que são pessoas físicas, conforme dito anteriormente, exercendo atividades de fins profissionais.

A segunda característica atribuída pelo supracitado autor é a definitividade, eis que, em regra, os servidores públicos devem exercer suas atividades de forma permanente, característica que se dá aos notários e registradores, sem necessitar de esforços para explicá-la. Por último, José dos Santos afirma que o servidor público tem como característica uma relação jurídica de trabalho com a administração pública, ora, conforme já explanado anteriormente, a relação empregatícia dos serventuários com o Poder Público é nítida, possuindo todos os elementos fáticos e jurídicos que caracterizam uma relação de emprego.

Não obstante o já delimitado, o que deixa clara a natureza de servidor público do notário e do registrador, o inciso II do art. 37 da Constituição Federal⁸, demonstra mais um dos

⁷ Art. 35. A perda da delegação dependerá: I - de sentença judicial transitada em julgado; ou II - de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa.

⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou

requisitos para tal caracterização, tendo em vista o fato dos notários e registradores só investirem em seus cargos através de concurso público, conforme previsto no art. 14 da Lei nº 8.935/94⁹ e no art. 236, §3º da Carta Magna. Frise-se que aqui fala-se em cargos e não mera função pública, pois, a própria Di Pietro (2017, p. 694) – autora que discorda que notários e registradores sejam servidores públicos – atesta que concurso público só é cabível para cargo ou emprego público, não entendendo haver lacuna no art. 37 da Carta Magna que não prever a exigência de concurso público para funções:

“Uma dúvida que pode ensejar a norma do artigo 37, II, é sobre a razão de o dispositivo mencionar a exigência de concurso público apenas para cargo ou emprego público, deixando de lado as funções. José Afonso da Silva (2003:659), comentando esse preceito, diz que “deixa a Constituição, porém, uma grave lacuna nessa matéria, ao não exigir nenhuma forma de seleção para admissão às funções (autônomas) referidas no artigo 37, I, ao lado dos cargos e empregos. Admissões a funções autônomas sempre foram fontes de apadrinhamentos, de abusos e de injustiças aos concursados”. Permitimo-nos discordar do jurista por entendermos que função, em paralelo a cargo e emprego, só existirá para os contratados “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”, nos termos do artigo 37, IX, e para funções de confiança, de livre provimento e exoneração.”

Diante do argumento da autora, entende-se que função só cabe para contratos por tempo determinado e como se sabe, o cargo de notário e registrador é de prazo indeterminado. Assim, seguindo a definição clássica dos vocábulos dados aos servidores públicos (cargo, emprego público e função), usadas pela própria autora que neste momento usa-se como referência, consolida-se o entendimento de que notários e registradores são detentores de cargos públicos (DI PIETRO, 2017, p. 688).

Analisando o argumento da autora e comparando com as características dos serventuários, percebe-se que estes possuem natureza de servidores públicos, detentores de cargos públicos, tendo em vista que têm seus cargos criados por lei (Lei nº 8.935/94), que lhes conferem denominação própria, fixa seu meio de remuneração e define suas atribuições.

Em verdade, os mesmos autores que recusam a ideia de que os notários e registradores são servidores públicos, estabelecem condições e características de servidores públicos e que são atendidas pelos serventuários. O Ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto no

emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

⁹ Art. 14. A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos: I - habilitação em concurso público de provas e títulos.

Julgamento do Recurso Extraordinário 178.236/RJ em 07 de março de 1996, expôs os seguintes argumentos:

“O Pleno do Supremo Tribunal Federal, refletindo em seu magistério jurisprudencial esse entendimento, deixou positivado que os notários públicos e oficiais registradores “são órgãos da fé pública instituídos pelo Estado” e desempenham, nesse contexto, “função eminentemente pública”, qualificando-se, em consequência, “como servidores públicos” (RTJ 67/327, Rel. Min. DJACI FALCÃO), tanto que, no Exterior, e por efeito da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, as atividades notariais e registrais concernentes à função dos Oficiais do Registro Civil das Pessoas Naturais são exercidas pelos Cônsules do Brasil, circunstância esta que acentua a oficialidade de tais serviços cuja execução, por envolver o exercício de parcela da autoridade do Estado (do poder certificante) – que goza de presunção *juris tantum* de fé pública – supõe a condição formal de servidor público dos Notários e dos Registradores. O próprio exame do vigente texto constitucional permite concluir pela estabilidade dos serviços notariais e registrais, autorizando, ainda, o reconhecimento de que os serventuários incumbidos do desempenho dessas relevantes funções qualificam-se como típicos servidores públicos, pois (a) só podem exercer as atividades em questão por delegação do Poder Público (CF, art. 236, caput), (b) estão sujeitos, no desempenho de suas atribuições funcionais, à permanente fiscalização do Poder Judiciário (CF, art. 236, §1º) e (c) dependem, para o ingresso na atividade notarial e de registro, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos (CF, art. 236, §3º), que constitui, no magistério da doutrina, o instrumento destinado à seleção de “quem se empenha a ingressar nos quadros do serviço público...” (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ‘Comentários à Constituição de 1988’, vol. IX/4626, 1993, Forense Universitária).”

Tal entendimento foi seguido pela maioria dos demais Ministros que proferiram seus votos naquela ocasião e, apesar de tal entendimento transcorrer do ano de 1996, tal entendimento deve permanecer o mesmo, tendo em vista que de lá até os dias atuais, não houve alterações nas características dos serviços notariais e registrais, o que se percebe pelos argumentos doutrinários trazidos a pouco, bem como que tal fato foi observado pelo ministro Joaquim Barbosa, ao proferir seu voto na ADI nº 2.602/MG em 11/11/2004 e referir-se ao voto do ministro Celso de Mello, mencionado à cima:

“Dessas características do serviço notarial apontadas pelo ministro Celso de Mello, alguma foi efetivamente alterada? Noutras palavras: Houve mudança substancial da natureza do serviço notarial? A meu ver, a disciplina específica sobre os serviços notariais manteve-se intacta...”

Portanto, quem exerce os poderes delegados pelo Estado é o serventuário e não o cartório, bem como que aquele é detentor de cargo público e essencialmente um servidor do Estado, e no caso objeto da presente discussão, é sobre estes agentes públicos que incide a cobrança do ISS.

3. A NATUREZA JURÍDICA E PECULIARIDADES DOS EMOLUMENTOS

Emolumentos é a denominação dada aos valores cobrados pela contraprestação dos serviços notariais, cartorários ou registrais, ou seja, é a nomenclatura do pagamento pelos serviços prestados ao usuário, conforme se extrai da leitura do artigo 28 da Lei nº 8.935/1994¹⁰.

Todo e qualquer servidor público recebe sua remuneração ou vencimento, diretamente do Poder Público. Diferente dos serventuários que não recebem sua remuneração diretamente do Poder Público, mas dos particulares que utilizam de seus serviços, sendo este um dos argumentos utilizados por aqueles que asseguram que os serventuários não são servidores públicos, justamente pelo fato de serem remunerados pelos particulares, o que os tornariam apenas mais um cessionário público.

Contudo, o fato de o pagamento dos serviços dos serventuários não serem feitos diretamente pela Administração Pública, não significa que não estejam sendo pagos por esta. Para compreender isto é necessário conhecer a natureza jurídica dos emolumentos. Conforme a melhor doutrina, os emolumentos possuem natureza jurídica de taxa de serviço.

Luiz Guilherme Loureiro (2017, p. 67), não só confirma a característica de taxa dos emolumentos, mas também impõe que a sua instituição e majoração devem se sujeitar aos princípios fundamentais tributários, ou seja, não podem ser livremente instituídos ou majorados pelo serventuário, o que deslegitima, mais uma vez, a tese de que os serviços notariais e registrais fazem parte do mercado privado, o que será melhor exposto adiante.

Seguindo o entendimento da natureza jurídica dos emolumentos como sendo uma espécie de taxa, o STF expôs seu raciocínio na ADI nº 1145/PB. Assim como o STJ¹¹ que, além

¹⁰ Art. 28. Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei.

¹¹ ADMINISTRATIVO – SERVENTIA NOTARIAL E REGISTRAL – REGIME DE DIREITO PÚBLICO – CUSTAS E EMOLUMENTOS – NATUREZA JURÍDICA DE TRIBUTO – TAXA REMUNERATÓRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – NÃO INCIDÊNCIA DA IMPENHORABILIDADE LEGAL CONTIDA NO ART. 649, IV DO CPC. [...] 3. Os valores obtidos com a cobrança das taxas e emolumentos são destinados à manutenção dos serviços públicos cartorários, e não simplesmente para remunerar o serventuário. Se tais valores tivessem finalidade exclusiva de remunerar o serventuário, que exerce função pública, o montante auferido não poderia exceder o subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 37, XI da CF. 4.

de caracterizar os emolumentos como taxa de serviço, ainda definiu que o mesmo não é destinado apenas para a remuneração do serventuário, mas também para a manutenção da serventia.

Frise-se que no julgado citado, a Corte Superior também demonstrou o entendimento de que o serventuário exerce função pública e a sua remuneração está vinculada ao teto constitucional – tendo em vista que os valores que excedem o teto devem ser destinados à manutenção da serventia e dos serviços estatais.

Em consonância com o exposto, sabendo que os emolumentos são, de fato, tributo, cabe ressaltar algumas características dos tributos, dentre elas está o fato do tributo ser devido apenas ao Poder Público, ou seja, não existe a hipótese de um particular ser o sujeito ativo em uma relação tributária, no máximo, o particular se coloca como responsável tributário, mas ainda assim seria apenas o responsável pelo recolhimento da prestação pecuniária compulsória, ou seja, ainda seria sujeito passivo na relação tributária, pois, o tributo é devido apenas à pessoa jurídica de direito público. Neste sentido, leciona Sacha Calmon (2018, p. 298):

“Distingue-se o tributo de outros deveres pecuniários compulsórios de índole privada (seguro obrigatório automobilístico) ou da obrigação de alimentar porque, nesses casos, o credor é pessoa jurídica de Direito Privado ou pessoa natural, e também porque a cobrança, em tais casos, não é feita mediante atividade administrativa plenamente vinculada à lei.”

Dessa forma, entende-se que o tributo só pode ser devido em favor do Estado (pessoa jurídica de direito público), conforme se extrai do conceito de tributo do texto do artigo 3º do Código Tributário Nacional, não havendo como o mesmo ter como sujeito ativo uma pessoa física, muito menos particular, portanto, não há possibilidade dos notários e do registradores serem os destinatários diretos dos emolumentos, pois, apesar de serem servidores públicos – segundo o entendimento aqui adotado –, não são pessoas jurídicas de direito público e, mesmo que entenda-os como meros particulares concessionários de serviço público, estariam ainda

Sendo assim, tendo as custas e emolumentos de serviços notariais natureza jurídica tributária, na qualidade de taxas destinadas à promover a manutenção do serviço público prestado, e não simplesmente à remuneração do serventuário, não há que se falar na incidência da impenhorabilidade legal prevista no art. 649, IV do CPC. [...]. Recurso especial improvido. (STJ – Resp: 1181417 SC 2010/0032835-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 19/08/2010, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/09/2010)

mais distante da permissão legal de serem sujeitos ativos na cobrança dos emolumentos (tributo), o que não se pode ser aceito.

Em decorrência deste raciocínio, pode-se entender que o pagamento dos emolumentos é devido diretamente ao ente federativo ao qual a serventia está vinculada, sendo o serventuário mero sujeito estatal responsável pelo recolhimento de tal tributo (emolumentos) e, por fim, sendo, apenas, receita deste tributo, destinada em sua integralidade à manutenção da serventia e remuneração do serventuário.

O fato é que os emolumentos não são devidos aos serventuários, apenas a percepção das suas respectivas receitas é que o são. Dessa maneira, não é o particular que remunera os serviços dos notários e registradores, é o próprio ente federativo responsável (Estado ou Distrito Federal), sendo que este, apenas, concede a arrecadação da supracitada taxa (emolumentos), que lhe pertence, como remuneração aos prestadores do serviço público (serventuários) e manutenção da serventia aos quais são responsáveis.

Diante dos ensinamentos da citação de Sacha Calmon, também se percebe que a cobrança do tributo só pode ser feita mediante atividade administrativa plenamente vinculada em lei, ou seja, os emolumentos também não poderiam ser cobrados sem que houvesse uma lei específica que assim dispusesse, o que se materializa com a Lei nº 10.169/2000, que dispõe sobre as normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços prestados pelos tabeliões e oficiais de registro.

Pelo escopo da supracitada lei, percebe-se que o valor dos emolumentos, jamais, poderá ser discricionário ou definido conforme vontade do serventuário, é o que se ver com a leitura do artigo 1º da Lei nº 10.169/2000¹². Assim, todos os anos, o Poder Judiciário dos respectivos Estado, por meio de Portarias, estabelecem os valores a serem cobrados pelos serventuários, frise-se que tais valores não podem ser cobrados para mais ou para menos do que o estipulado como valor do referido serviço.

¹² Art. 1º Os Estados e o Distrito Federal fixarão o valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro, observadas as normas desta Lei.
Parágrafo único. O valor fixado para os emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados.

4. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA

É de notório conhecimento no campo jurídico-tributário que a Constituição Federal de 1988 limita o exercício da competência tributária dos entes federativos, ao vedar que estes entes instituíam impostos sobre a renda, patrimônio e serviços prestados pelos outros entes da federação¹³, é a chamada imunidade tributária recíproca.

Percebe-se que essa imunidade imposta pela Carta Magna apenas impede que a obrigação tributária nasça, ainda que exista uma hipótese de incidência que tribute aquele fato, ou seja, o ente público não se obriga à prestação pecuniária compulsória, mesmo que pratique o fato gerador previsto na hipótese de incidência tributária.

A imunidade recíproca tem o intuito principal de efetivar a autonomia dos entes federativos e evitar eventuais desequilíbrios entre eles, serve como garantia da Federação, por consequência destas características é entendida como cláusula pétrea. Essa garantia não se restringe apenas aos órgãos da administração direta, mas também às Fundações Públicas, Autarquias e Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, estas duas últimas somente no que concerne às suas atividades públicas, assim, se uma empresa pública explora uma atividade econômica e atua em concorrência com entes privados, esta atividade, especificamente, não será albergada pela imunidade recíproca, desta maneira estipula a Carta Magna¹⁴ e entende o STF, conforme decisão da ADI nº 1.642, votada em 2008.

A vedação à concessão da imunidade tributária para entes públicos exploradores de atividades econômicas, é de suma importância para o mercado, pois, permitir que uma empresa pública opere sem a carga de impostos incidentes sobre sua atividade, é um desleal ataque contra a livre concorrência, pois os operadores privados – obrigados ao pagamento normal de

¹³ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

¹⁴ Art. 150 [...] § 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

todos os impostos incidentes – se veriam prejudicados no mercado. Desta forma, o STF tem o entendimento que se os serviços forem de caráter público e prestados de forma exclusiva pela empresa pública ou sociedade de economia mista, a imunidade tributária recíproca é aplicável¹⁵.

Percebe-se que o ponto norteador para a aplicação da imunidade recíproca é o equilíbrio do mercado, tendo em vista que os fatos balizadores para a aplicação do instituto para exploradores de atividades econômicas foram o serviço ser de natureza pública – serviço essencial para o Estado e de prestação obrigatória deste – e explorado em situação de monopólio – exercido sem concorrência direta com outra empresa, ou seja, se não houver concorrência não haverá desequilíbrio de mercado com a não cobrança do tributo.

Conforme perceptível pelo raciocínio trazido nos tópicos anteriores, foi possível constatar que as serventias extrajudiciais fazem parte do Poder Público, que os notários e registradores são servidores públicos, que os serviços notariais, registrais e cartorários são serviços públicos e, por fim, que os emolumentos são taxas estaduais, sendo assim, só podem ser de competência e auferidos por uma pessoa jurídica de direito público.

Como bem se sabe, os serviços notariais e registrais são serviços delegados pelo Poder Público aos notários e registradores. Se essa prestação de serviço pública é delegada, quer dizer que alguém – titular dos serviços – delegou a esses profissionais do direito essas atribuições. Em síntese, se esses serviços são públicos e foram delegados, quem os delegou, obviamente, é um ente público, no caso dos serviços notariais e registrais o ente é o Poder Judiciário estadual.

¹⁵ AGRAVO INTERNO NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ALCANCE DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. ART. 150, VI, 'A', DA CRFB/88. NATUREZA PÚBLICA DOS SERVIÇOS DE ÁGUA E SANEAMENTO PRESTADOS POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ESTADUAL. PARTICIPAÇÃO PÚBLICA CORRESPONDENTE A 99,9996% DO CAPITAL SOCIAL. SERVIÇO PRESTADO DE MANEIRA EXCLUSIVA E NÃO CONCORRENCIAL. IRRELEVÂNCIA DO CAPITAL PRIVADO PARTICIPANTE DA COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA DA AUTORA. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE NO SENTIDO DE QUE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA ALCANÇA AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, 'a', da CRFB/88) é extensível às empresas públicas e às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, notadamente quando prestados com cunho essencial e exclusivo. 2. In casu, trata-se de sociedade de economia mista que executa serviço público de modo exclusivo, com capital social fechado e quase que integralmente titularizado pelo Estado do Ceará (99,9996%), sem indicação de qualquer risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou de livre-iniciativa, mercê da ausência de comprovação de que a COGERH concorra com outras entidades no campo de sua atuação. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (ACO 2149 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 29/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 18-10-2017 PUBLIC 19-10-2017)

Aglomerando este raciocínio com a jurisprudência do STF¹⁶, deve ser entendido que o serviço de notas e registros não podem ser onerados por impostos em virtude da sua eminente natureza pública.

Percebe-se que o STF não vê óbice na imunidade recíproca incidente sobre um serviço público delegado, o que indiscutivelmente pode ser aplicado aos serviços notariais e registrais, no que se refere ao seu caráter de delegação de fé pública à pessoa do serventuário.

Ocorre que os serviços de prestação de fé pública, que são a essência dos serviços notariais e registrais, são de competência exclusiva do Poder Público, neste caso, dos Estados ou do Distrito Federal, razão pela qual os serventuários os exercem sem concorrência, por estes motivos, seguindo a supracitada jurisprudência, a imunidade recíproca deve ser aplicada a tais serviços.

Sendo os notários e registradores, essencialmente, servidores públicos detentores de cargos públicos, o serventuário não pode ser classificado como mero particular, bem como que o valor auferido em emolumentos pela serventia, não podem ser entendidos como lucro, mas mera remuneração.

Nesse aspecto, é fácil imaginar a situação de um procurador do Estado ou do Município – advogado público –, sendo este um profissional do direito, que presta serviço jurídico intelectual e além da remuneração mensal ainda recebe honorários de sucumbência nas ações com êxito do ente público que representa. Ora, o mesmo está a prestar um serviço de advocacia para o ente federativo, por qual motivo o mesmo não paga ISS ao Município? A resposta consiste no argumento de que os seus serviços fazem parte do próprio Poder Público, razão pela

¹⁶ Casa da moeda do Brasil (CMB) – empresa governamental delegatária de serviços públicos – emissão de papel moeda, cunhagem de moeda metálica, fabricação de fichas telefônicas e impressão de selos postais – regime constitucional de monopólio (CF, ART. 21, VII) – outorga de delegação à CMB, mediante lei, que não descaracteriza a estatalidade do serviço público, notadamente quando constitucionalmente monopolizado pela pessoa política (a União federal, no caso) que é dele titular – a delegação da execução de serviço público, mediante outorga legal, não implica alteração do regime jurídico de direito público, inclusive o de direito tributário, que incide sobre referida atividade – consequente extensão, a essa empresa pública, em matéria de impostos, da proteção constitucional fundada na garantia da imunidade tributária recíproca (CF, ART. 150, VI, “a”) – O alto significado político-jurídico dessa prerrogativa constitucional, que traduz uma das projeções concretizadoras do princípio da federação – imunidade tributária da casa da moeda do Brasil, em face do ISS, quanto às atividades executadas no desempenho do encargo que, a ela outorgado mediante delegação, foi deferido, constitucionalmente, à União federal – doutrina (REGINA HELENA COSTA, “INTER ALIOS”) – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (STF – RE: 610.517/RJ, SEGUNDA TURMA, Relator: Min. Celso De Mello, Data do Julgamento: 03/06/2014)

qual os seus serviços são prestados diretamente pela pessoa jurídica da administração direta para ela mesma, sendo assim abarcado pela imunidade recíproca. Mas sendo este o argumento, o ato de fé pública ou extensão da autoridade do Estado na pessoa do serventuário não caracteriza a mesma integração no Poder Público que os procuradores são contemplados, tendo em vista que estes últimos e os registradores têm a mesma forma de ingresso em seus respectivos cargos, ou seja, são servidores públicos?

Deve ser levado em conta este último aspecto que o STF vem se caracterizando essencial para a concessão de imunidade para pessoas que não habitam a administração pública direta, autarquias ou fundações públicas – além da essencialidade do serviço de natureza pública e do monopólio –, qual seja, o intuito lucrativo.

É inconsistente fundamentar intuito lucrativo com a necessidade de ser remunerado por seu trabalho, ora, sobre este aspecto qualquer servidor público possui intenção lucrativa. Dessa maneira, usar como fundamento a concepção do fato do serventuário ser remunerado com os emolumentos, como intuito de obter lucro, é desarrazoado, pois os serventuários prestam seus serviços exclusivamente à serventia e estão vinculados permanentemente a ela, sendo impedidos de exercer qualquer outro tipo de profissão, o que os distancia da intenção de ter o Poder Público como mero cliente, o que é normalmente feito pelas concessionárias, isso sim é intuito lucrativo, tirar o melhor proveito de uma negociação, o que não é feito pelos serventuários:

“Ao contrário do empresário, o notário não pode exercer a atividade em sociedade, realiza um serviço intelectual em nome e sob responsabilidade pessoal, ainda que auxiliado por prepostos e não tem intuito de lucro, já que não pode expandir sua atividade, seja mediante abertura de filial, seja pelo oferecimento de outros serviços não autorizados em lei e tampouco fixar o preço do serviço, captar clientela.” (LOUREIRO, 2017, p. 71)

Já a característica que torna impossível considerar intuito lucrativo dos serventuários, consiste na vedação à lucratividade das taxas de serviço, noutras palavras, taxas não podem gerar lucro, a sua receita é inteiramente vinculada à prestação e custeio da atividade estatal à qual o contribuinte está necessitando. Nestes termos leciona Leandro Paulsen (2018, p. 59):

“O produto da taxa visa a custear a atividade estatal, não podendo ter destinação desvinculada de tal atividade. Sendo as taxas cobradas em razão de um serviço ou do exercício do poder de polícia, está clara a intenção do Constituinte no sentido de que isso implique o custeio de tais atividades estatais. As taxas, diferentemente dos impostos, são tributos com finalidade específica a determinar o destino do seu produto. Não se lhes aplica o art. 167, IV, da CF; pelo contrário, a destinação ao custeio da atividade que lhe enseja a cobrança é essencial, podendo estar explicitamente determinada na lei

instituidora. Ainda que não haja a vinculação expressa do produto da arrecadação, será ela presumida.”

Quanto à não lucratividade das taxas, o STF já se manifestou em sede da ADI nº 1.926-PE, quanto à vinculação da receita de taxas e que qualquer desvio desta finalidade imputaria à própria desvirtuação da finalidade do supracitado tributo. Percebe-se que o próprio STF veda a vinculação da receita das taxas (emolumentos) a entidades privadas ou a destinação diferente da finalidade a ela imposta. Disto pode se tirar duas conclusões. A primeira é o fato das taxas só poderem ser destinadas a entidades públicas, o que leva ao raciocínio que os emolumentos só podem ser destinados a pessoas integrantes do Poder Público e considerando o disposto na Lei nº 8.935 que afirma que os emolumentos são percebidos pelos notários e registradores, bem como a passividade jurisprudencial do STF quanto à natureza de taxa dos emolumentos e a titularidade dos serventuários por sua percepção, não há como chegar a outra conclusão, senão, ao fato dos serventuários serem integrantes da administração pública.

A segunda conclusão, retrata o fato de as taxas terem a finalidade de custear os serviços públicos a que se prestam, tal determinação se espelha ao caso dos emolumentos extrajudiciais, tendo em vista que estes são destinados não somente à remuneração dos serviços do serventuário, mas também para a manutenção da serventia e pagamento dos prepostos que nela atuam, sendo o serventuário mero administrador desta receita. Desta forma, o que se vê é que os valores dos emolumentos são totalmente destinados à prestação do serviço de publicidade e fé pública, pois o pagamento pelos serviços dos serventuários faz parte do custeio dos serviços cartorários, afastando qualquer entendimento infundado de intuito lucrativo dos notários e registradores.

Aduzindo seu raciocínio à natureza de taxa que caracteriza os emolumentos, o ministro Ayres Britto ao proferir o seu voto na ADI nº 3.089/DF – a própria ação que declarou a constitucionalidade da cobrança objeto deste estudo –, já entendia que só o fato de os emolumentos serem taxas, já afastariam a incidência do ISS sobre ele:

“[...] os emolumentos das atividades notariais e de registro têm caráter tributário. São verdadeiras taxas (e não tarifas ou preços públicos), remuneratórias de atividade estatal do tipo “vinculado”, atinentemente ao contribuinte; ou seja, taxas que têm por fato gerador uma individualizada atuação estatal de préstimo ao sujeito tributado. E isto já significa excluir a incidência do ISSQN, dado que a natureza desse tributo só pode ter por fato gerador uma situação desvinculada de qualquer atividade estatal voltada para o contribuinte.”

Por fim, o que também se pretende que seja percebido é que as taxas são, de fato, renda da pessoa jurídica de direito público que as instituiu. Assim, a renda dos serviços notariais e registrais não pode ser tributada, haja vista que os emolumentos pertencem ao Estado no momento que são pagos pelo usuário, ou seja, o fato gerador desta taxa de serviço ocorre simultaneamente ao fato gerador do ISS e, neste exato momento, os emolumentos ainda pertencem ao Estado, haja vista que só uma pessoa de direito público tem competência para ser sujeito ativo tributário.

Os emolumentos só são passados ao serventuário em momento posterior ao fato gerador da taxa de serviço (serviço prestado ao usuário) e, conseqüentemente, em momento posterior ao fato gerador do ISS (momento em que o serviço acontece), sendo o repasse estatal ao serventuário impassível de tributação pelo mesmo ISS. Não obstante que seja cabível demais tributações sobre essa renda auferida pelo serventuário, como o IRPF, pois já estão na qualidade de remuneração do serventuário e não pertencem mais ao Poder Público. Veja, no momento que incide a tributação do ISS, momento que nasce a obrigação, quem está a ser tributado não é o serventuário, mas o próprio ente federativo.

5. DIFERENÇA ENTRE OS SERVENTUÁRIOS E AS CONCESSIONÁRIAS

Um dos fundamentos usados pelos ministros da Suprema Corte para indeferir a ADI nº 3.089/DF, foi que os notários e registradores deveriam ter seus serviços tributados de forma idêntica às concessionárias prestadoras de serviços públicos no Brasil, pois ambos seriam meros particulares que ganharam a delegação da prestação de um serviço público e atuam com um iminente intuito lucrativo, assim se extrai das palavras expressas no voto do ministro Joaquim Barbosa (2007, p. 291-293), acompanhado pela maioria da Corte.

A observação a ser feita no eminente voto é que delegação de serviço público é um gênero que se refere às formas de descentralizações destes serviços públicos, gênero este que se divide em concessão, permissão e autorização. Dessa maneira, o ministro, ao transcrever “concessão ou delegação”, estava a enquadrar os serviços notariais e registrais como serviços delegados prestados mediante concessão. Não obstante as comparações, o ministro Joaquim Barbosa (2007, p. 294) deu continuidade ao seu voto deixando explícito que os serviços notariais e

registrais são concessões, permissões ou “delegações”, sem, contudo, deixar expresso em qual categoria se enquadrariam.

Toda via, deve-se lembrar do conceito jurídico de concessão de serviços públicos e suas respectivas características que a define. Primeiramente a concessão pode ser legal ou negocial, a primeira ocorre quando a delegação é feita para outro ente integrante do poder público, já a segunda ocorre quando a delegação é feita por meio de um negócio jurídico celebrado entre o poder público e uma entidade privada, tem uma natureza essencialmente contratual.

Neste ponto já surge uma primeira divergência. Se as atividades notariais e registrais são concessões de serviços públicos, estas são legais ou negociais? Se forem consideradas legais, estariam a considerar o serventuário como, de fato, integrante do poder público, nesse caso, um indiscutível servidor público, o que por si só já desconstruiria toda a tese firmada sobre o afastamento da imunidade tributária recíproca em virtude do caráter privado dos serventuários. Se forem consideradas negociais, estariam a contradizer a Constituição Federal e toda a legislação que imputa à forma de ingresso na carreira registral e notarial, pois imputaria a existência de um contrato administrativo – conforme o artigo 4º, da Lei 8.987/95¹⁷ –, de algo negociável e maleável, bem diferente da situação real estabelecida pela Constituição Federal de 1988, onde os serventuários ingressam, apenas, por meio de concurso público de provas e títulos¹⁸ e possuem sua atuação e forma de remuneração já pré-definida legalmente.

Outra diferença alarmante entre os serventuários e as concessionárias, consiste no fato de que as concessões se dão, apenas, mediante licitação na modalidade concorrência, conforme estipula a Lei nº 8.987/95¹⁹, enquanto os serventuários recebem sua delegação através de concurso público. Percebe-se que a lei é bastante enfática ao prever a forma exata que se pode ser dada a concessão, estipulando, inclusive, a modalidade mais rígida de licitação, o que demonstra não haver margem para interpretação ou analogia para casos semelhantes, devendo

¹⁷ Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

¹⁸ Art. 236 [...] § 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

¹⁹ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

o poder público priorizar o princípio da legalidade estrita ao caracterizar uma concessão de serviço público.

E mais, as concessionárias possuem vínculo contratual com o Poder Público, o que através de cláusulas exorbitantes, típicas deste tipo de contrato, a administração pública pode promover a alteração e rescisão unilateral do contrato, conforme se vê nos artigos 79²⁰ e 65²¹ da Lei nº 8.666/93. Situação que diverge totalmente da realidade dos serventuários, tendo em vista que estes só perdem sua delegação com sentença condenatória transitada em julgado, conforme determina o artigo 35, da Lei nº 8.935/94²², o que condiz com a situação dos servidores públicos que já transcorreram o período de estágio probatório.

Deve ser citado, também, que a fiscalização sobre as concessionárias e permissionárias é exercida pelo Poder Executivo, sendo este o titular do serviço delegado. Entretanto, os serventuários são fiscalizados, exclusivamente, pelo Poder Judiciário, conforme determinado pela Lei nº 8.935/94²³.

Por fim, cabe ressaltar que, conforme o artigo 2º, inciso II, da Lei 8.987/95, é fácil perceber que as concessões de serviços públicos só podem ser delegadas a pessoas jurídicas ou consórcio de empresas. Ocorre que os serviços públicos de notas e registros são delegados, apenas, para pessoas físicas, sendo que quem possui fé pública é a pessoa física do serventuário e não a pessoa jurídica criada por este, fato que esta última só existe para efeitos formais e, sequer, possui personalidade jurídica.

6. OS SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRALIS E SUA DISTÂNCIA DO MERCADO

O STF apoiou seu entendimento, também, sobre o fato de que os serviços notariais e registrais seriam uma mera exploração de atividade econômica a mercê das normas aplicadas a

²⁰ Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser: I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior.

²¹ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração.

²² Art. 35. A perda da delegação dependerá: I - de sentença judicial transitada em julgado; ou II - de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa.

²³ Art. 37. A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos arts. 6º a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos.

empreendimentos privados, ou seja, estes serviços estariam inseridos no mercado econômico, em virtude do intuito lucrativo dos serventuários. Por esta razão não estariam abrangidos pela imunidade tributária recíproca, já que possuem poder econômico para contribuir e, principalmente, por não causarem desequilíbrio entre os entes federativos. Conforme o ministro Joaquim Barbosa (2007, p. 292-294) que baseou seu entendimento, principalmente, no §3º do artigo 150 da Constituição Federal de 1988.

Deve-se demonstrar um equívoco no raciocínio do ministro à época. É claro que esta tributação implica desequilíbrio entre os entes, pois quanto maior a tributação sobre os emolumentos, menos sobra para a administração e ampliação das serventias, já que os emolumentos não são usados, apenas, para a remuneração do serventuário, fato que não foi observado pelos ministros.

O erro dos ministros consistiu em considerar que os emolumentos são inteiramente condicionados à incorporação do patrimônio do serventuário. A oneração dos serviços cartorários, por meio da cobrança do ISS sobre os emolumentos percebidos, implica em serventias com capacidade de atendimento menor e contratação capacitada inferior, o que atinge diretamente no serviço público essencial prestado e que pode causar um sério déficit na prestação destes serviços em certas localidades, principalmente em serventias menores e de menor capacidade, fato que implica em desequilíbrio da prestação de um serviço de competência estadual, em função de uma imposição tributária municipal, sendo um claro risco ao equilíbrio entre os entes federativos.

Os ministros também se equivocaram ao tratar as serventias extrajudiciais como atividades empresariais pertencentes ao mercado e que os serventuários explorariam uma atividade econômica, passíveis de tributação, fundamentando no §3º do artigo 150 da Carta Magna²⁴. Tendo o ministro Cezar Peluso (2007, p. 285), inclusive, citado que com base no supracitado parágrafo, ainda que este serviço fosse prestado diretamente pelo Estado, ainda estaria sujeito ao ISS. Contudo, para perceber o erro nesta comparação e na aplicação do

²⁴ Art. 150 [...] § 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel

supracitado parágrafo da Constituição Federal, é importante entender o conceito de atividade econômica:

“A atividade econômica realiza-se por meio da produção e circulação de bens necessários para a satisfação da sociedade. Pela atividade econômica são criadas novas utilidades: a atividade econômica é geradora de riquezas. Aqueles que produzem e oferecem esses bens mediante a perspectiva de lucro são denominados empresários, em sentido essencialmente econômico.” (VENOSA, 2018, p. 20)

Chega-se à conclusão de que o STF entendeu que os serventuários explorariam uma atividade econômica, pois estariam mediante perspectiva de lucro. Quanto a esta perspectiva, não vale a pena debater o interesse pessoal do serventuário, pois conforme já explanado anteriormente, ninguém trabalha de graça, se esta lógica fosse aplicada de forma geral, todos os servidores públicos estariam exercendo uma atividade econômica e seriam tributados com ISS. O fato que deve ser percebido neste momento é que, explorador de atividade econômica é necessariamente um empresário, independentemente se é um empresário formal ou não, mas este cumpre o conceito legal de empresário, conforme se extrai do artigo 966 do Código Civil brasileiro²⁵. Desta forma, quando o STF afirma que os serviços notariais e registrais são atividades econômicas exploradas pelos serventuários, a Corte está imediatamente afirmando que os notários e registradores são empresários.

Todavia, os notários e registradores, jamais, poderão ser enquadrados como empresários, em virtude de sua atividade de cunho intelectual e científico, pois é apenas um profissional do direito a quem o Estado delega fé pública, o que afasta a caracterização de empresário, por força do parágrafo único do art. 966 do Código Civil.

A doutrina também caracteriza a finalidade lucrativa como um dos elementos do conceito de empresa, sendo este intuito lucrativo aquilo que o STF entende como caracterizador da exploração econômica dos serviços notariais e registrais por parte dos serventuários e que também demonstraria sua capacidade contributiva, em síntese, o ministro Joaquim Barbosa (2007, p. 293), assim como os demais que votaram pelo indeferimento da ADI nº 3.089/DF, foram bastante enfáticos neste ponto:

“Em todos os casos, a presença de um agente com propósito de lucro, que deverá suportar inicialmente o ônus da tributação, afasta o risco ao equilíbrio entre os entes federados e confirma, o objetivamente, que o tributo será suportado por quem demonstre capacidade contributiva.”

²⁵ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Até por meio de uma pesquisa menos aguçada é fácil encontrar o conceito de lucro, sendo este tudo aquilo que alguém obtém através de uma negociação econômica, ou seja, implica uma negociação financeira, uma bilateralidade, o que é impossível nas serventias extrajudiciais.

Ocorre que as custas cartorárias, são tabeladas, não estão sujeitas à negociação do serventuário perante o Tribunal de Justiça ou do usuário perante o serventuário. Diferente das tarifas cobradas pelas concessionárias que podem ser negociadas durante a licitação e manejadas por meio de aditivos feitos pela concessionária e com permissão do Poder Público. Não há comercialização nos serviços cartorários.

Também não existe livre concorrência entre as serventias, ou seja, as serventias não estão inseridas no mercado. O fim lucrativo do negócio é definido justamente pelo mercado de consumidores que necessitam do produto ou serviço, e é notório que atividades empresariais são caracterizadas pela existência do livre mercado, sendo este livre mercado o sintetizador do poder de barganha do consumidor, o que interfere na finalidade de lucratividade do empresário frente ao seu consumidor, assim, se não há concorrência, não há mercado e por fim, não há intuito lucrativo.

Os notários e registradores não podem abrir filiais, estão estritamente restritos ao território de suas serventias. Em certos casos o usuário está restrito a fazer seu serviço em uma serventia específica, em virtude do princípio da territorialidade, como no caso dos registros de imóveis ou lavratura de ata notarial para fins de usucapião, ou seja, está impedido de procurar outra serventia, o que seria possível em um livre mercado. O serventuário também não pode prestar serviços que não estejam previstos em lei, ou seja, não podem diversificar seus serviços para atraírem mais usuários. Estes fatos demonstram que não existe margem para uma exploração econômica da atividade, o que afasta o serventuário do conceito de empresário e do intuito lucrativo. Luiz Guilherme Loureiro (2017, p. 71-72) expõe as seguintes palavras:

“Destarte, o fundamento de que a atividade notarial é similar à atividade empresarial, baseado apenas no argumento de “intuito lucrativo incompatível com a noção de simples remuneração do próprio trabalho” (REsp 1.187.464/RS), não está de acordo com o nosso ordenamento jurídico.”

Os serviços de notas e registro são serviços que, apenas, afetam o mercado, mas dele não participam, razão pela qual não podem ser atividade econômica, bem como, não possuem suas

regras reguladas pelas mesmas normas dos empreendimentos privados. Neste sentido, leciona Celso Fernandes Campilongo (2014, p. 59):

“É importante que o notariado esteja vinculado ao núcleo do sistema político, é dizer, ao Estado. [...] É também este caráter público que lhe autoriza desempenhar uma função que não se enquadra nas características da relação de mercado. Na atividade notarial não há vontade solvente nem voluntarismo consumista. [...] Daí também decorre o monopólio institucional da atribuição. Diferentemente do mercado, que atua com critério de assimetria informacional e, muitas vezes, ignorância das partes, que se orienta pela vontade que forma preços e relações de troca e pela competição que envolve disputa, rivalidade e escolha, a função notarial (e o mesmo pode ser dito da atividade registral) estrutura os negócios reduzindo a assimetria de informações e a ignorância das partes, não há preço e troca com lógica mercantil e a competição é substituída por fórmula condizente com a relevante função pública da atividade.”

Diante disto, o que se percebe é que os serviços notariais e registrais não são passíveis de exploração econômica, são simplesmente serviços essenciais, o que implica no afastamento destes serviços, por sua própria essência e caracterização, das atividades econômicas e desta forma, de um fim lucrativo.

7. A ESSENCIALIDADE DOS SERVIÇOS DE NOTAS E REGISTROS PÚBLICOS E O SEU AFASTAMENTO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS

Diante da natureza e a função dos serviços notariais e registrais, percebe-se que são serviços de essencialidade indiscutível para a manutenção da ordem jurídica e administrativa. Ora, não é possível imaginar o caos que seria no mercado imobiliário se não houvesse o sistema de registro de imóveis da forma que ordenamento jurídico brasileiro prevê. Também não é possível prever o quanto os negócios jurídicos seriam atrasados e inseguros sem a criação de atos, negócio jurídicos ou autenticação de fatos chancelados com fé pública do Estado, os quais são proporcionados pelos serviços notariais. Neste sentido, no julgamento do Recurso Extraordinário 842.846/SC, a ministra Rosa Weber destacou a impossibilidade de se viver em sociedade, sem os atos da vida objetos de registro.

O intuito, neste momento, é demonstrar o quanto são essenciais a existência dos serviços notariais e registrais para a manutenção do Estado Democrático de Direito e indispensáveis para a efetivação do princípio da Segurança Jurídica, de forma que não podem ser considerados como nada menos que serviços essenciais e de dever obrigatório do Estado em prestá-los ou

disponibilizá-los. Considerá-los desta forma, implica em compreender que não há como tais serviços serem explorados economicamente. Ora, não é racional abrir a possibilidade de exploração econômica aos serviços de emissão de passaportes, ou permitir que uma empresa privada, mesmo que através de concessão, controle os serviços de segurança pública, pois são serviços que não podem ser comercializados, são essenciais e indissociáveis do poder estatal de tal forma que por sua própria natureza são opostos ao mercado e a qualquer sentido econômico.

Quando o §3º, do artigo 150, da Constituição Federal de 1988 previu uma exceção à imunidade tributária recíproca, o legislador tinha o intuito de não beneficiar o Poder Público quando este explorasse atividades de natureza privada, ou seja, quando o legislador fala em “exploração econômica” por lógico se compreende que ele está a falar de uma atividade que está no mercado, pois o Poder Público pode explorar atividades eminentemente particulares, é, inclusive, um meio da administração pública intervir nas relações privadas e na economia, todavia a recíproca não é verdadeira, não é possível que o particular explore atividades eminentemente públicas, pois o fato destas não serem passíveis de exploração mercantil não permite exploração econômica.

Solidificando este direcionamento na composição atual do STF, o ministro Luís Roberto Barroso, ao julgar a Ação Cível Originária nº 2.658 em 2018, reconheceu a imunidade tributária recíproca sobre os Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro), condicionando o reconhecimento da imunidade ao fato do Serpro desenvolver atividades essenciais ao funcionamento do Estado, mesmo que os serviços não sejam serviços públicos propriamente ditos e não sejam monopolizados. Percebe-se que o Supremo chegou a flexibilizar até o requisito do monopólio, condicionando a imunidade, simplesmente, em virtude da essencialidade do serviço para a manutenção do Estado.

8. DIFERENÇA ENTRE EMOLUMENTOS E PREÇOS PÚBLICOS

Preços públicos ou tarifas, são a contraprestação paga pelo usuário de um serviço público que lhe foi prestado, o fator mais marcante de suas características é que estes não são tributos, pois, além do serviço público prestado ser exercido de forma a explorar uma atividade econômica, as tarifas também não possuem uma das características estipuladas pelo artigo 3º,

do Código Tributário Nacional²⁶, a compulsoriedade. Por fim, cabe salientar que os preços públicos (tarifas) são decorrentes de serviços de natureza contratuais, ou seja, serviços regidos pelas regras aplicadas a empreendimentos privados.

As tarifas são institutos totalmente distintos dos emolumentos, não havendo compatibilidade entre suas naturezas, ainda assim, mesmo que os emolumentos tivessem natureza de tarifa ou preços públicos, o intérprete da norma não poderia afastar a imunidade tributária recíproca somente em razão da espécie de contraprestação, pois segundo a compreensão de Edvaldo Brito (2015, p. 205), apenas a natureza da atividade é que deve definir a incidência ou não da imunidade.

9. DEMAIS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTRASTE COM A DECISÃO DA ADI Nº 3.089/DF

Ao fazer uma leitura de toda a fundamentação da decisão da ADI nº 3.089/DF, é possível perceber que o STF, em alguns pontos, diverge de suas próprias opiniões expressas em demais ações que veio a julgar. Algumas dessas decisões trazem em seus votos argumentos que antagonizam com os fundamentos basilares da ADI nº 3.089/DF, é crucial comparar os argumentos dos ministros, específicos quanto a este tema, em demais ações que estes julgaram. Este é o caso do Recurso Extraordinário nº 178.236-6/RJ, onde a composição da Suprema Corte, em 07 de março de 1996, entendeu que os serventuários eram servidores públicos²⁷.

Antes que seja discutida a época em que o referido acórdão foi produzido (1996), no que tange à composição da Corte, em relação à decisão da ADI nº 3.089/DF (2008), cabe frisar que de 2008 para o ano em que este estudo é redigido (2020), a composição do STF mudou significativamente, pois apenas 5 dos 11 ministros que participaram da decisão de 2008, ainda

²⁶ Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

²⁷ Titular de Ofício de Notas da Comarca do Rio de Janeiro. Sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), bem como provido por concurso público – estão os serventuários de notas e de registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (artigos 40, II, e 236, e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988). (STF – RE: 178236 RJ, Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI, Data de Julgamento: 07/03/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 11-04-1997 PP-12207 EMENT VOL-01864-08 PP-01610 RTJ VOL-00162-02 PP-00772)

ocupam seus cargos nos dias atuais, bem como que 2 deles também estiveram na decisão de 1996 (Marco Aurélio e Celso de Mello).

Percebe-se que o STF voltou a ter um entendimento direcionado para o sentido de entender o serventuário como um tipo de servidor público, afastando seus fundamentos da ideia de que os serviços notariais e registrais são concessões. É o que se vê com a decisão do Recurso Extraordinário nº 842.846/SC, julgado sob repercussão geral, em 27 de fevereiro de 2019, onde os ministros entenderam que o Estado é civilmente responsável, de forma objetiva, por erros causados por serventias extrajudiciais à terceiros, cabendo apenas o direito de regresso ao poder público contra o responsável, devendo demonstrar dolo ou culpa, usando como fundamento o parágrafo 6º, do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Havendo erro cometido pelos cartórios, o particular não pode cobrar a reparação diretamente do agente público, tendo o STF mantido sua posição na adoção da teoria da dupla garantia, a qual garante que o agente público só seja cobrado pelo Estado.

É certo que as empresas que prestam serviços públicos, seja por concessão ou autorização, são responsáveis objetivamente por suas ações, conforme determina a Lei nº 8.987/95. Porém, esta responsabilidade objetiva é direta à empresa que prestou o serviço público, ou seja, contra a empresa privada, e pelo fato dela ser privada, o particular só precisa demonstrar a ocorrência do dano e o nexo causal com a conduta da empresa. Em regra, nestes casos o Estado só responde de forma subsidiária, em outras palavras, o particular só pode cobrar do Estado após não obter sucesso ao cobrar a empresa responsável, sendo restrita à alguns casos específicos a sua responsabilidade solidária, como no caso de danos ambientais ou na omissão do Estado em fiscalizar a empresa. O fato é que, em razão da empresa concessionária não fazer parte do Poder Público e estar explorando atividade econômica, somado isto ao risco empresarial, não há porquê o Estado ser, em regra, responsabilizado pelos danos causados por estas empresas.

No momento que o STF decidiu que o Estado é diretamente responsável pelos danos causados por erro dos serventuários, aplicando a teoria da dupla garantia e limitando o Estado a, apenas, cobrar o serventuário de forma regressiva em ação apartada, a Corte está eliminando os serventuários de qualquer aplicação da Lei nº 8.987/95 e dando ao mesmo, de forma tácita, o *status* de servidor público, integrando-o ao Poder Público.

10. O CARÁTER *SUI GENERIS* DOS CARTÓRIOS E DOS SERVENTUÁRIOS

O Supremo Tribunal Federal já concedeu o conceito “*sui generis*” quando não soube ou, apenas, por não querer definir a natureza da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), se a entidade se trataria de uma autarquia ou se era um conselho de classe de caráter privado. E, na verdade, a expressão “*sui generis*” é, de fato, em alguns casos, uma expressão coringa usada pela Suprema Corte quando não sabe ou não quer definir algo.

Essa breve introdução sobre como o STF aplica a característica de “*sui generis*”, serve para demonstrar que se a Corte está disposta a enquadrar certas entidades nestes parâmetros, por situações banais – não criar conflitos políticos ou não saber conceituar a natureza de algo –, é bastante plausível esperar que a mesma Corte use o enquadramento de *sui generis* para aquilo que a expressão realmente significa, quando verificar uma situação jurídica sem conceituação pré-definida, ou seja, uma natureza nova a ser estabelecida no ordenamento jurídico. E esta é a verdadeira definição de *sui generis*, pois sua tradução do latim significa “de espécie única”, enquadrar uma entidade como *sui generis* não é dizer que não sabe qual a natureza daquela entidade, mas sim dizer que aquela entidade inaugura ou tem por si só sua natureza exclusiva, com características que, até então, nenhuma outra detêm.

O exemplo da OAB demonstra essa flexibilidade do STF, deixando claro um único intuito de apaziguamento político entre as entidades. Mas antes, é necessário analisar esta vertente aplicada na decisão da ADI nº 3.026/DF quando considerou a OAB uma autarquia *sui generis*.

Não há a inauguração de uma classe nova de autarquia por parte da OAB, não há uma justificativa jurídica que a deixe em uma situação de limbo jurídico. Ora, a OAB tem o interesse em manter a imunidade tributária recíproca incidente sobre a instituição, razão pela qual é interessante estar enquadrada como autarquia, contudo, a entidade não quer ter suas contas auditadas e fiscalizadas pelo Tribunal de Contas, ter a obrigatoriedade de prestação de concurso público para seus servidores, a obrigatoriedade do cumprimento de licitações, a fiscalização e interferência do Poder Público no exame de ordem ou ter qualquer controle da administração pública inerentes à uma autarquia.

Apesar da OAB possuir todas as características de uma entidade de classe comum, o que incidiria o seu controle por parte do Poder Público, o argumento utilizado para que esta situação

não se materialize foi a indispensabilidade dos advogados na administração da justiça, o que, segundo os ministros, justifica o afastamento do controle estatal sobre a instituição ou qualquer dependência deste a outro órgão público. Mas sob este argumento, o Ministério Público ou a Defensoria Pública, também deveriam ser enquadrados como autarquias *sui generis*, aliás, não seriam mais *sui generis*, pois não seriam únicos em sua categoria ou inaugurariam uma nova, mas deveriam ter o mesmo *status* que a OAB, onde teriam as prerrogativas do Poder Público, mas não seriam fiscalizados pelo Tribunal de Contas ou terem que seguir todas as limitações e controles inerentes das instituições públicas, tendo em vista que também são indispensáveis à administração da justiça.

Mas, se de fato há uma necessidade tão absurda em afastar o controle estatal da OAB – situação em que não é possível vislumbrar –, qual a razão desta entidade não assumir a natureza de uma entidade de classe privada? Por qual motivo o STF não exerceu não declarou esta natureza, já que entendeu necessário o afastamento do controle estatal?

O detalhe que se pretende chegar com essa discussão sobre a OAB é simplesmente para mostrar que caracterizar uma entidade atuante de maneira privada, ao mesmo tempo que lhe dá uma natureza pública, é algo normal e consolidado para o STF e que pôde ser feito sem um fundamento sólido que justifique tal fato. Agora, volte tal entendimento sobre as serventias extrajudiciais e seus serventuários, ora, a Constituição trata-os como serviços públicos, mas que, apenas, exercidos em caráter privado. Veja bem, apenas seu exercício é posto em caráter privado, o que não exclui a natureza pública de todas as suas demais características.

Existe uma singularidade existente sobre os serviços notariais e registrais, sobre a natureza dos serventuários e sobre a natureza dos cartórios, em tudo, eles são diferentes de tudo que o ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina e a jurisprudência já estabeleceram. Diferente da OAB, os serviços notariais e registrais, os serventuários e os cartórios, possuem sim uma natureza única, uma exclusividade de natureza que os distingue de tudo que é público e de tudo que é privado, aqui sim se tem um limbo jurídico que justifica uma categoria *sui generis*. Reconhecendo esta excepcionalidade da característica *sui generis* dos serviços notariais e registrais, o ministro Ayres Britto (2007, p. 279), no seu voto no julgamento da ADI nº 3.089/DF, manifestou as seguintes palavras:

“Em outras palavras, assim como o inquérito policial não é processo judicial nem processo administrativo investigatório, mas inquérito policial mesmo (logo, um *tertium genus*); assim como o Distrito Federal não é um Estado nem um Município, mas tão-somente o próprio Distrito Federal; assim como os serviços forenses não são mais uma entre tantas outras modalidades de serviço público, mas apenas serviços forenses em sua peculiar ontologia, ou autonomia entitativa, também assim os serviços notariais e de registro são serviços notariais e de registro, simplesmente, e não qualquer outra atividade estatal.”

Não há uma categoria pré-estabelecida para os serviços notariais e registrais, eles que são a própria categoria, cabendo a possibilidades de outros serviços, apenas, se enquadrarem como eles, pois são a própria categoria que os nomeiam. Desta maneira, é evidente a característica única, mas, indiscutivelmente de natureza estatal e pública, dos serviços notariais e registrais, devendo serem considerados serviços de públicos, atividades estatais, mas de categoria *sui generis*.

Os prepostos e a liberdade administrativa do serventuário em conduzir o cartório, não afastam sua característica pública, muito menos os aproximam do conceito de empresa e empresário respectivamente, apenas facilitam a prestação dos serviços públicos essenciais, sendo os serventuários meros administradores da serventia. O fato é que há uma necessidade real e justificável para que um servidor público tenha a seu cargo a contratação de funcionários em um regime administrativo privado, pois sem esta liberdade administrativa seria impossível que o Estado conseguisse manter e administrar de forma eficiente centenas de serventias espalhadas em todo o seu território. Assim, esta é a característica que torna o cargo de Tabelião ou Oficial de Registros, uma espécie de servidor público de natureza única e nova, sendo isto que o define como *sui generis*, pois singulariza uma espécie de servidor público sem afastar sua natureza pública.

Quanto aos cartórios não há muito o que explicar para demonstrar o seu caráter único que o torna uma entidade *sui generis*. Primeiro pelo fato de ser uma pessoa jurídica que não possui personalidade jurídica, não obstante que entes despersonalizados não sejam novidade – massas falidas, condomínios e etc –, mas o diferencial é que os cartórios possuem um cadastro de pessoa jurídica, contratam os funcionários que são de responsabilidade do serventuário, praticam atos cíveis, mas são entes despersonalizados que, sequer, podem ser considerados órgãos públicos e têm como única função de existência concentrar o local do exercício das atividades do serventuários.

O representante do Ministério Público, Lucas Furtado, ao emitir seu parecer sobre a decisão administrativa nº 01572020187 do TCU, que entendeu ser cabível a fiscalização estatal sobre a OAB e que, apesar da decisão da Suprema Corte, a OAB possui sim todas as características de autarquia e por isso deve ser tratada como tal, expôs sua posição no sentido de que não é possível que um ente seja público e privado ao mesmo tempo. Aplicando este raciocínio sobre as atividades notariais e registras, é possível entender que não se pode aplicar meio termo a elas, devendo tais atividades serem tratadas pelo Estado sobre o regime de direito público, em todas as suas facetas, tendo em vista que o caráter público é indiscutivelmente predominante sobre as mesmas.

Não há uma razão fundamentada que afaste os serventuários de uma caracterização merecida de servidor público em caráter *sui generis* e os serviços notariais e registras da mesma forma. O STF no ano de 2006, por muito menos, considerou a OAB uma autarquia, que possui uma natureza e atuação totalmente privada, concedendo-lhe a imunidade tributária recíproca e ainda a livrando de todo o controle e fiscalização da administração pública. Enquanto no ano de 2008, a mesma composição de ministros, decide inversamente, afastar a imunidade tributária recíproca sob os serviços notariais e registras, julgando-as sob um regime de direito privado, mas contraditoriamente mantendo sobre estas e os serventuários todo o controle e fiscalização da administração pública que incidem sobre entes públicos. Dessa maneira, ao comparar as duas decisões das ADI's nº 3.089/DF e 3.026/DF, foi atingida a finalidade de demonstrar a incoerência do STF, que aplicou dois pesos e duas medidas em suas decisões e, pior, de forma exageradamente inversa.

11. CONCLUSÃO

Em plenitude com os fatos e a matéria legal discutida, é possível perceber que a decisão da ADI nº 3.089/DF foi fundada em mero discurso de opinião dos ministros do STF à época. É indiscutível que os itens 21 e 21.1 da lista anexa à Lei Complementar nº 106 de 2003, são inconstitucionais por afronta direta à imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, §3º, da Constituição Federal de 1988.

Primeiro pelo fato da Corte, à época, entender que os notários e registradores não são servidores públicos, tecendo esse entendimento unicamente pelo modo com a remuneração destes é auferida, ao tempo que deixavam de lado a larga caracterização jurídica que define os mesmos como autênticos servidores detentores de cargos públicos.

Segundo, em virtude da distância dos serventuários para com as características e elementos que definem uma concessionária ou permissionária de serviços públicos. Enquadrá-los como concessionária é impossível graças a sua forma de provimento, o fato de serem pessoas físicas e a remuneração ser feita por taxas e não por tarifas.

Também se demonstrou forçosa a insistência dos ministros do STF em enquadrar os serviços cartorários, notariais e registrais, em serviços expostos no mercado, bem como tentar caracterizar um intuito lucrativo empresarial nos serventuários, sendo que a única base para esse entendimento foram os autos rendimentos de algumas serventias e a não vinculação desses valores com o teto constitucional. É perceptível que a decisão da ADI nº 3.089/DF foi eminentemente política, os fundamentos legais embasados pelos ministros, seja no campo do direito administrativo, constitucional ou tributário, são de frágil sustentação, bem como as demais decisões proferidas pelo STF, no decorrer dos anos, contradizem os argumentos usados em 2008.

Por fim, deve-se lembrar que a ADI nº 3.089/DF teve seu julgamento há mais de onze anos, dos ministros à época, apenas 5 permanecem no cargo, bem como houve decisões mais recentes que afastam ainda mais os serviços notariais e registrais do ramo de atividades privadas, trazendo a atividade e os serventuários para situações de enquadramento no Poder Público. Isso indica uma forte mudança no entendimento jurídico da Corte.

Em síntese, a inconstitucionalidade dos itens 21 e 21.01 da lista anexa da Lei Complementar nº 116, de 2003 é patente e macula a ordem tributária brasileira ao aceitar que se mantenha esta situação inconstitucional. A imposição da imunidade tributária recíproca sobre os serviços cartorários, notariais e registrais é medida imperiosa que deve ser levantada novamente em sede de ADI perante a nova composição do STF, mas com argumentos mais sólidos e combatendo as incongruentes teses adotadas pela ADI nº 3.089/DF de 2008, já que parte dos ministros da época ainda compõem a Corte.

REFERÊNCIAS

BRITO, Edvaldo. **Direito tributário**: imposto, tributos sinalagmáticos, contribuições, preços e tarifas, empréstimo compulsório. São Paulo: Atlas, 2015.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso direito tributário brasileiro**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**: teoria e prática. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

POMPEU, Ana. Estado é quem deve indenizar cidadãos por erros de cartórios, decide Supremo.

Consultor Jurídico. Brasília, 27 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-27/estado-quem-indenizar-erros-cartorios-decide-supremo>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao regime único dos servidores públicos civis**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito empresarial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.