

Em 29/12/2006.

Inicialmente, esclareço que a manutenção da presente consulta nesta Subprocuradoria-Jurídica, para despacho, pelo período que se deu, decorre, primeiramente, da minha expectativa em relação à publicação do acórdão proferido pelo Eg. Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2602, concluído em 24 de novembro de 2005, que trata da aposentadoria dos titulares de serviços cartoriais, julgamento assistido por mim na TV Justiça, bem como, posteriormente, em razão do trâmite, nesta Autarquia, dos procedimentos para a edição da Instrução CVM nº 444, o que se deu em 8 de dezembro de 2006.

Em relação ao tema ora relevante, a Ilustre subscritora do Memorando em epígrafe, Drª Luciana de Pontes Saraiva, já se manifestou por duas vezes, acompanhada em ambas dos Drs. Alexandre Pinheiro e Henrique Vergara, no sentido de que, por terem os emolumentos percebidos pelos notariais natureza tributária (conforme jurisprudência pacífica do Eg. Supremo Tribunal Federal), bem como por qualificarem-se os notários como típicos servidores públicos, e não obstante a possibilidade deferida pela legislação de lhes ser atribuída a legitimidade ativa para executar diretamente tais créditos, apenas com o advento de lei autorizadora tais créditos poderiam ser cedidos para o FIDIC que se pretende criar.

Parece-me, entretanto, que a matéria merece uma releitura e um aprofundamento, inclusive, em razão do já referido julgamento da ADI nº 2602.

Em tal julgado, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência do STF nº 410:

**"Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil - ANOREG para declarar a inconstitucionalidade do Provimento 55/2001, do Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que determina, aos juízes diretores de foro, que exerçam a fiscalização do implemento da idade de 70 anos dos oficiais de registro e tabeliães, bem como expeçam o ato de declaração de vacância do serviço notarial ou de registro — v. Informativo 369. Entendeu-se que a norma impugnada ofende o art. 236 da CF, que estabelece serem os serviços notariais e de registro exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público, e que a aposentadoria compulsória só se aplica aos servidores de cargos efetivos, consoante o disposto no art. 40, § 1º, II, da CF, com a redação dada pela EC 20/98. Vencido o Min. Joaquim Barbosa, relator, que julgava improcedente o pedido por considerar que os serventuários de notas e registro, por exercerem função eminentemente pública, estão sujeitos à aposentadoria por implemento de idade, tendo em conta, sobretudo, o princípio constitucional republicano, que não admite a personalização da função pública, nem a tentativa de eternização do seu exercício. ADI 2602/MG, rel. orig. Min. Joaquim Barbosa, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, 24.11.2005"**

Ou seja, o Eg. STF, por ampla maioria, afastou o entendimento de que seriam os notários meros servidores públicos, afastada, assim, uma das premissas adotadas pelos memorandos já encaminhados no presente processo.

Outrossim, atente-se para a dicção do art. 28 d Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994:

**"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 ans hipóteses previstas em lei. "**

Ora, de acordo com De Plácido E Silva, crédito, "*juridicamente, significa o direito que tem a pessoa de exigir de outra o cumprimento da obrigação contraída*"<sup>(1)</sup>.

Portanto, o direito de crédito, na espécie, *ex vi legis*, e também por força do próprio comando constitucional, pertence ao notário, e não ao Estado.

Corroborando tal posição, transcrevo trecho do parecer encaminhado ao Eg. Supremo Tribunal Federal por meio OFÍCIO nº 003/2004-PRES/ADVOSF, de lavra do Dr. Antonio Carlos Costa Santos, advogado do Congresso Nacional, acerca do tema *sub examine*:

*"Ora, os serviços notariais, muito embora sejam serviços de natureza pública, são exercidos conforme dispõe o art. 236 da Constituição Federal, em caráter privado, ou seja, têm os delegados plena responsabilidade na administração e condução dos serviços prestados à população, e embora cobrem obedecente tabela de emolumentos fixada pelo Poder Judiciário, recebem por conta própria, têm liberdade de aplicação dos recursos auferidos, sendo por conseguinte responsáveis pela manutenção da infra-estrutura necessária aos serviços, inclusive de seu pessoal, implicando dizer que exercem atividade originariamente pública, mas por conta própria, apenas sob a fiscalização do Poder Público, como acontece com todos os demais autorizados, permissionários e concessionários."*

Ainda sobre esse ponto, confira-se trecho do voto do Eminentíssimo Ministro Carlos Britto, no julgamento da retrocitada ADI nº 2602, cujo acórdão foi publicado em 31 de março próximo passado:

*"(...) 10. Com esse propósito, pontuo que as atividades em foco deixaram de figurar no rol dos serviços públicos que são próprios da União (incisos XI e XII do art. 21, especificamente). Como também não foram listadas enquanto competência material dos Estados, ou dos Municípios (arts. 25 e 30, respectivamente). (...)"*

Referido Ministro, em seu voto, alinhava os "*traços principais dos serviços notariais e de registro*", *verbis*:

**I – serviços notariais e de registro são atividades próprias do Poder Público, pela clara razão de que, se não o fossem, nenhum sentido haveria para a remissão que a Lei Maior expressamente faz ao instituto da delegação a pessoas privadas. É dizer: atividades de senhorio público, por certo, porém obrigatoriamente exercidas em caráter privado (CF, art. 236, caput). Não facultativamente, como se dá, agora sim, com a prestação dos serviços públicos, desde que a opção pela via privada (que é uma via indireta) se dê por força de lei de cada pessoa federada que titularize tais serviços;**

**II – cuida-se de atividades jurídicas do Estado, e não de atividades simplesmente materiais, cuja prestação é trespassada para os particulares mediante delegação (já foi assinalado). Não por conduto dos mecanismos da concessão ou da permissão, normados pelo caput do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não propriamente jurídica) em que se constituem os serviços públicos;**

**III – a delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais. Ao revés, exprime-se em estatuições unilateralmente ditadas pelo Estado, valendo-se este de comandos veiculados por leis e respectivos atos regulamentares. Mais ainda, a delegação que somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma 'empresa' ou pessoa mercantil, visto que a empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão**

de serviço público;

IV – para se tornar delegatária do Poder Público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação **em concurso público de provas e títulos**. Não por adjudicação em processo licitatório, regrado pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público;

V – está-se a lidar com atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização **do Poder Judiciário**, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Reversamente, por órgãos do Poder Judiciário é que se marca a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às relações inter-partes, com esta conhecida diferença: o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das serventias extraforenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito;

VI – enfim, as atividades notariais e de registro não se inscrevem no âmbito das remuneráveis por 'tarifa' ou 'preço público', mas no círculo das que se pautam por uma tabela de **emolumentos**, jungidos estes a normas gerais que se editam por lei necessariamente federal. Características de todos destoantes, repise-se, daquelas que são inerentes ao regime dos serviços públicos". (grifos do original).

Portanto, Sua Excelência afastou a natureza de serviços públicos dos serviços notariais, classificando-os como um *tertium genus*.

Outrossim, peço vênia para transcrever o trecho já transcrito no bojo do MEMO/PFE-CVM/GJU-2/nº 146/05, de decisão do Excelso Pretório, no qual se baseia a ilustre Procuradora para aduzir acerca da natureza tributária dos créditos dos emolumentos:

"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se, em consequência, quer no que concerne à sua instituição e majoração, quer no que se refere à sua exigibilidade, ao regime jurídico-constitucional pertencente a essa especial modalidade de tributo vinculado, notadamente aos princípios fundamentais que proclamam, dentre outras, as garantias essenciais (a) da reserva de competência impositiva, (b) da legalidade, (c) da isonomia e (d) da anterioridade" (ADI nº 1378-MC, Rel. Mins Celso de Mello)

Assim, confirmado que o Eg. STF atribuiu natureza de taxa aos emolumentos, por entendê-los como contraprestação à modalidade de serviço público, entendo que a alteração recente, descaracterizando os serviços notariais como serviço público, atinge, também, o entendimento anteriormente firmado e constante do v. aresto acima transcrito.

Veja-se, ainda, que o próprio Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999) em vigor classifica como "rendimento do trabalho não-assalariado" os emolumentos recebidos pelo notários. *Verbis*:

"Art. 45. São tributáveis os rendimentos do trabalho não-assalariado, tais como (Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 4º):

I - honorários do livre exercício das profissões de médico, engenheiro, advogado, dentista, veterinário, professor, economista, contador, jornalista, pintor, escritor, escultor e de outras que lhes possam ser assemelhadas;

II - remuneração proveniente de profissões, ocupações e prestação de serviços não-comerciais;

III - remuneração dos agentes, representantes e outras pessoas sem vínculo empregatício que, tomando parte em atos de comércio, não os pratiquem por conta própria;

IV - emolumentos e custas dos serventuários da Justiça, como tabeliães, notários, oficiais públicos e outros, quando não forem remunerados exclusivamente pelos cofres públicos;

V - corretagens e comissões dos corretores, leiloeiros e despachantes, seus prepostos e adjuntos;

VI - lucros da exploração individual de contratos de empreitada unicamente de labor, qualquer que seja a sua natureza;

VII - direitos autorais de obras artísticas, didáticas, científicas, urbanísticas, projetos técnicos de construção, instalações ou equipamentos, quando explorados diretamente pelo autor ou criador do bem ou da obra;

VIII - remuneração pela prestação de serviços no curso de processo judicial.

Parágrafo único. No caso de serviços prestados a pessoa física ou jurídica domiciliada em países com tributação favorecida, o rendimento tributável será apurado em conformidade com o art. 245 (Lei nº 9.430, de 1996, art. 19)."

Portanto, por esses motivos, ousou manifestar meu desconforto em manifestar minha incondicional concordância com as teses anteriormente expostas nas manifestações dessa PFE.

De qualquer forma, e não obstante as informações e opiniões ora expostas, entendo que, com a edição da Instrução CVM nº 444, de 2006, resta parcialmente prejudicada a presente discussão, uma vez que, ainda que mantida a posição anteriormente defendida por esta Procuradoria, é possível enquadrar-se os direitos creditórios dos titulares de serviços notariais no disposto contido no art. 1º, § 1º, da referida instrução:

"Art. 1º A presente Instrução dispõe sobre a constituição e o funcionamento dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios Não-padronizados – FIDC-NP.

§ 1º Para efeito do disposto nesta Instrução, considera-se Não-Padronizado o FIDC cuja política de investimento permita a realização de aplicações, em quaisquer percentuais de seu patrimônio líquido, em direitos creditórios:

I – que estejam vencidos e pendentes de pagamento quando de sua cessão para o fundo;

II – decorrentes de receitas públicas originárias ou derivadas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de suas autarquias e fundações;

III – que resultem de ações judiciais em curso, constituam seu objeto de litígio, ou tenham sido judicialmente penhorados ou dados em garantia;

IV – cuja constituição ou validade jurídica da cessão para o FIDC seja considerada um fator preponderante de risco;

V – originados de empresas em processo de recuperação judicial ou extrajudicial;

VI – de existência futura e montante desconhecido, desde que emergentes de relações já constituídas; e

VII – de natureza diversa, não enquadráveis no disposto no inciso I do art. 2º da Instrução CVM nº 356, de 17 de dezembro de 2001.

Feitas tais considerações de mérito, bem como observada a aplicabilidade da nova Instrução CVM acerca dos FIDC-NP, encaminhe-se a presente consulta ao Ilustre Diretor Relator.

ORIGINAL ASSINADO POR

***José Eduardo Guimarães Barros***

**Procurador-Chefe Em Exercício**

[\(1\)](#) *In* Vocabulário Jurídico, vol I, Ed. Forense, 1987, 1<sup>a</sup> Edição. P. 582.