

A inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei Federal nº 8.935/94, a Lei de Notários e Registradores

José Celso Ribeiro Vilela de Oliveira *

Introdução aos serviços notariais e de registro

A Lei Federal nº 8.935, de 1994, em seu artigo 3º, define a natureza e os fins dos serviços notariais e de registro como sendo "os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos". Os referidos serviços constituem gênero que comporta as seguintes espécies [01]: registro de imóveis (RI); registro civil de pessoas naturais, tutelas e interdições (RCPN); registro de títulos e documentos e civil de pessoas jurídicas (RTD); registro de distribuição; tabelionato de notas; tabelionato de protesto de títulos; e tabelionato e registro de contratos marítimos.

Sua natureza jurídica é de serviço público, conceituado por Celso Antônio Bandeira de Mello como "toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo" [02].

O serviço se materializa através do ato registral ou notarial, produzindo seus efeitos precípuos, que podem ser declaratórios, constitutivos, modificativos, extintivos ou meramente probatórios de direitos e situações jurídicas. É do efeito obtido com a prática do ato que deflui a utilidade material da atividade, com os conseqüentes reflexos na esfera jurídica dos interessados. Não obstante alguns dos mencionados efeitos valham para toda a coletividade, os serviços notariais e de registro são espécie de serviço público uti singuli, uma vez que "preordenam-se a destinatários individualizados, sendo mensurável a utilização por cada um dos indivíduos [03]".

Por serem decorrentes da prestação de serviço público específico e divisível é que se tem entendido que os emolumentos praticados por ocasião do registro têm natureza jurídica de taxa [04]. Seu contribuinte seria o usuário do serviço, ou seja, o interessado que promove o registro. O fato gerador seria a prática do ato pelo registrador.

Regime de prestação dos serviços

Quanto ao regime de prestação, os serviços notariais e de registro regulam-se pela norma genérica dos serviços públicos contida no artigo 175, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB):

"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

O Estado detém, como regra geral, a chamada titularidade do serviço público [05], mas, como se pode inferir do excerto constitucional e do conceito apresentados, ele não está obrigado a prestá-lo por si. Não se pode confundir titularidade do serviço com a titularidade da prestação do serviço: é a prestação do serviço o alvo da delegação ao oficial de registro e ao notário.

A Constituição Federal fala em "regime de concessão ou permissão" da prestação. Melhor seria, contudo, se nossa Carta Magna mencionasse apenas genericamente o termo "delegação". É que a titulação para a prestação do serviço notarial e de registro não se insere dentre as hipóteses citadas, constituindo espécie à parte, numa verdadeira modalidade sui generis de delegação.

A forma de prestação específica dos serviços notariais e de registro tem previsão no artigo 236, caput, topologicamente situado no Título IX, que trata das Disposições Constitucionais Gerais:

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

Percebe-se da clara redação desse artigo que o único regime prestacional possível aos serviços notariais e registrais é o privado. Assim, o Poder Público está obrigado a delegar a prestação, não podendo exercê-la por si. Dessa forma, incorrem em flagrante inconstitucionalidade os Estados que ainda exercem tais serviços sob a forma direta.

Condição para o ingresso na carreira

O artigo §3º do mesmo artigo 236 estabelece o concurso público de provas e títulos como condição sine qua non para a titularidade da prestação do serviço:

"§ 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".

O comando do §3º não demanda grande esforço interpretativo do leitor, sendo bastante clara a sua redação, senão vejamos:

i. inicialmente, estabelece que o ingresso na atividade notarial e de registro, ou seja, a assunção do múnus público pelo delegatário se dará unicamente pela via do concurso público de provas e títulos [06].

ii. em seguida, o texto constitucional divide o gênero "ingresso" em duas modalidades:
a) por concurso de provimento (para bacharéis em Direito ou pessoas que exerçam a titularidade há mais de 10 anos) [07]; e b) por concurso de remoção (privativo de oficiais que detenham a titularidade da prestação da atividade há mais de dois anos) [08].

É imperioso ressaltar: a delegação é específica para cada serventia [09], ou seja, mesmo no caso de aprovação em concurso de remoção, há nova delegação, já que, como assinalado, a remoção é modalidade de ingresso, ao lado do provimento [10].

Com efeito, a remoção pressupõe um rompimento do vínculo delegacional: é *conditio sine qua non* a renúncia do oficial de registro, como pré-requisito à sua investidura na nova função. Tal renúncia é, segundo o artigo 39 da Lei Federal 8.935/94, conhecida como Lei de Notários e Registradores (LNR), modalidade de extinção da delegação.

Evidência inafastável do pensamento aqui esposado consiste no fato de que o profissional que renuncia à delegação anterior e assume nova serventia pelo concurso de remoção tem o prazo de exercício na atividade interrompido (ou seja, recomeça do zero) para o fim de pleitear vaga no concurso de remoção subsequente. Desse modo, caso ele não tenha completado dois anos de exercício na atividade (entre as datas do novo ingresso e da abertura do edital do concurso de remoção seguinte), não poderá concorrer às vagas destinadas ao concurso de remoção subsequente, conforme exigido pelo artigo 17 da LNR.

Assim, estando claro pelo texto constitucional e pela própria análise sistemática da Lei 8.935 que a renúncia é forma de extinção da delegação, e que a aprovação em concurso de remoção é forma de ingresso na atividade, vemos claramente o casuísmo trazido pela redação dada pela Lei 10.506/2002 ao artigo 16 da Lei Federal 8.935/1994, a Lei de Notários e Registradores, já que pretende tornar dispensável a realização de provas de conhecimento para os concursos de remoção, estabelecendo como critério apenas a aferição de títulos dos candidatos:

"Art. 16. As vagas serão preenchidas alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e uma terça parte por meio de remoção, mediante concurso de títulos, não se permitindo que qualquer serventia notarial ou de registro fique vaga, sem abertura de concurso de provimento inicial ou de remoção, por mais de seis meses". Grifo nosso (Redação dada pela Lei nº 10.506, de 9.7.2002).

A Lei Federal estabelece, assim, um *minus* em relação à Constituição Federal. Dito de outro modo: a Lei de Notários e Registradores retira do concurso de remoção um pressuposto constitucional. A par da alteração legislativa, introduzida pela Lei 10.506/2002, que retirou a exigência da realização de provas para o concurso de

remoção inicialmente prevista no artigo 16 da Lei de Notários e Registradores, percebe-se o deliberado objetivo de se esvaziar o conteúdo do §3º, do artigo 236, o que torna a nova redação da Lei inconstitucional.

Ademais, uma interpretação teleológica do dispositivo constitucional também aponta no sentido de ser indispensável a realização das provas de conhecimento para os concursos de remoção.

De acordo com o celebrado Carlos Maximiliano, o Direito é "uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. (...) Não se deve ficar aquém, nem passar além do escopo referido; o espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para o qual a mesma foi feita" [11].

Analisando-se, pois, a questão sob o prisma teleológico da norma constitucional, chegamos sem dificuldades à conclusão de que o interesse público estampado em nossa Constituição aponta no sentido de se selecionar o profissional mais apto ao exercício desse tão importante munus público. É no mesmo sentido que o artigo 175 determina a realização de licitação para concessionários de serviço público, com o intento de se escolher a proposta mais vantajosa à Administração.

Ora, a realização de provas de conhecimento não se contrapõe a essa finalidade, antes a homenageia, já que nunca obstacularizará o interesse público específico de se selecionar o melhor candidato. Parece-nos lógico e quase determinístico: quanto maior o preparo do candidato, melhor será o seu desempenho nas provas, salvo raras exceções, que apenas servem para confirmar a grande regra. A interpretação contrária à realização das provas de conhecimento importa em deturpação do caráter público, democrático e isonômico do concurso.

Mas a norma infraconstitucional parece querer indicar que, diversamente da tese aqui exposta, o grau de excelência do candidato deve ser mensurado exclusivamente pelos títulos que ele ostenta, em um formalismo que não se justifica nos dias atuais.

A conseqüência natural desta distorção é a já perceptível indústria da confecção de títulos difundida entre profissionais da área, em que prepondera o potencial econômico de cada candidato, em detrimento de sua efetiva qualificação profissional, facilmente aferível se fosse efetivamente realizado um concurso de provas.

A função notarial e registral é, como dito, serviço público de suma relevância para o país, sendo função viabilizadora e estabilizadora das relações jurídicas, sob o prisma das dinâmicas econômica e social.

Dessa forma, ante à excelência que se deve exigir do candidato à função notarial e de registro, e da melhor prestação dos serviços à sociedade, parece-nos indefensável a tese da constitucionalidade do artigo 16 da Lei de Notários e Registradores, com a redação que lhe deu a Lei 10.506 de 2002, já que privilegia apenas aquele que tem maior capacidade econômica para a confecção de títulos, e não o efetivamente mais preparado.

Bibliografia:

Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 14ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8935.htm> (acesso em março de 2007).

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e

Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L5172.htm> (acesso em março de 2007).

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%EAo.htm (acesso em março de 2007).

Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 14ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

Maximiliano, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

Notas

Artigo 5º da Lei 8.935/94, conhecida como Lei de Notários e Registradores (LNR).

Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 14ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 600.

Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 14ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 264.

Vide o caput do artigo 77, do Código Tributário Nacional: "Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição."

Vale lembrar, embora isso constitua regra, há casos em que se delega também a titularidade do serviço, o que faz com que a atividade deixe de ser considerada serviço público. É que há "certos serviços que serão públicos quando prestados pelo Estado, mas que concernem a atividades em relação às quais não pretendeu deter exclusividade". (Bandeira de Mello, op. cit., p. 607). Frise-se, essa exceção não se aplica aos serviços notariais e de registro, pois esses não são serviços que possam ser prestados alternativamente pelo Estado ou por particulares. Como se verá, pela norma constitucional inequívoca, constituem serviços públicos que só poderão ser prestados em regime privado, ou seja, por delegação.

O "interino", que responde pelo serviço no caso de suspensão ou perda da delegação pelo titular da serventia, é designado de maneira precária, muito embora, como mencionado, a prática mitigue de maneira espúria a dita "precariedade".

Previsto no artigo 14, V, da Lei 8.935, de 1994.

Previsto no artigo 15, §2º, da Lei 8.935, de 1994.

Conquanto possa haver acumulação de serventias sob a figura de um mesmo notário ou registrador, caso não haja viabilidade econômica se exercida isoladamente, nos termos do artigo 26, § único, da LNR.

Não há que se cogitar de "remoção" nos moldes previstos para ocupantes de certos cargos públicos, como os magistrados. Como se trata de um particular em colaboração com a Administração, o vínculo existente entre o delegatário e o Estado impede qualquer ilação nesse sentido.

Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 1988, p. 150-151.

* advogado, especialista em Direito Notarial e Registral, especializando em Direito Registral Imobiliário pela PUC Minas

Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12548>

Acesso em: 30 mar. 2009.