

## *CONSULTA*

Consulta-nos o SINDICATO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO – SINOREG/SP sobre a validade dos concursos realizados para a outorga de delegações para a prestação de serviços notariais e de registro, em face de dispositivos da legislação federal e estadual pertinente.

Buscando o exato delineamento do objeto da Consulta, a entidade Consulente, preliminarmente, apresentou as seguintes ponderações:

*"I – o art. 207, da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 22/82, estabeleceu a exigência do concurso público de provas e títulos para o provimento das serventias extrajudiciais;*

*II - como decorrência, no Estado de São Paulo foi editada a Lei Complementar nº 539/88, disciplinando o provimento das serventias mediante concurso público de provas e títulos;*

*III – a Constituição Federal de 88, em seu art. 236, § 3º, estabeleceu o concurso público de provas e títulos para o ingresso nas atividades e previu, na parte final do referido dispositivo, o concurso de remoção;*

*IV – a Constituição do Estado de São Paulo, art. 68 e § único, atribui ao Poder Judiciário a competência para realização dos concursos públicos, observada a legislação estadual vigente;*

*V – na vigência da Constituição Federal e da Estadual, foi realizado um concurso público de provimento das serventias segundo as regras estabelecidas na LCE 539/88, razão pela qual, a referida Lei foi objeto de ADI no STF, nº 413, cujo despacho monocrático do Ministro relator Carlos Velloso foi pela sua improcedência, diante do fato de que na vigência de novo ordenamento jurídico não cabe a análise de inconstitucionalidade de legislação pretérita, seria o caso do juízo analisar se a lei foi recepcionada ou não;*

*VI – o Tribunal de Justiça e o Poder Executivo se manifestaram na referida ADI 413, no sentido da defesa da recepção da LCE 539/88 pelo novo ordenamento jurídico;*

*VII – com a edição da Lei Federal nº 8.935/94, o Tribunal de Justiça suspendeu a realização do 2º concurso em andamento, aberto com base na LCE 539/88, sob o fundamento de que a referida Lei Federal teria inovado em relação aos concursos,*

*estabelecendo a remoção. Modalidade essa de concurso que a LCE 539/88 não contemplava razão pela qual deveria ser adaptada;*

*VIII – o TJ elaborou e encaminhou à Assembléia Legislativa um projeto de Lei dispendo sobre os concursos. Mas, justificando face à lentidão da tramitação do referido PL, o TJ resolveu editar as normas relativas aos concursos públicos de provimento das serventias do Estado, sob a denominação de Concursos de Outorgas de Delegação de Notas e de Registro, pelo Provimento do CSM nº 612/98, sem contemplar as disposições da LCE 539/88 recepcionadas pelas Constituições, Federal e Estadual, e pela Lei nº 8.935/94, inovando e legislando totalmente sobre a matéria, abrindo o I concurso;*

*IX – como resultado do referido PL, foi editada a Lei nº 10.340/99, durante o andamento da realização do I Concurso, mas antes dele ser consumado. Entretanto, como o referido PL foi alterado pela Assembléia Legislativa, acatando vício de iniciativa em relação às referidas alterações argüidos em ADI proposta pelo Ministério Público, a Lei Estadual nº 10.340/89, foi suspensa pelo TJ, e consumado o I concurso pelo Provimento 612/98 do TJ;*

*X – no entanto, o TJ nunca mais enviou outro projeto de lei para o legislativo, apenas se limitou a realizar depois o II, o III, o IV e já abriu o V concurso pela Lei do Tribunal de Justiça, o Provimento nº 612/98 editado pelo CSM;*

*XI – ressalte-se que durante a realização do II Concurso houve a edição da Lei Federal nº 10.506/02, que determinou a remoção apenas por concurso de títulos, mas, mesmo assim o TJ realizou os II, III, IV concursos e já abriu o V, exigindo na remoção concurso de provas e títulos;*

*XII – mal o TJ havia publicado o Edital do IV Concurso, em 11 de janeiro de 2006, foi editada a Lei Estadual nº 12.227, resultado de um PL enviado à Assembléia Legislativa em 1990, pelo Poder Executivo, e que se encontrava em tramitação nas Comissões, regulamentando o art. 17 do ADTC da Constituição Estadual, do qual, a Assembléia*

*Legislativa aprovou substitutivo regulamentando também os concursos de provimento da titularidade da delegação das serventias notariais e de registros, observando, inclusive, quanto ao concurso de remoção, as regras estabelecidas pela Lei Federal nº 10.506/02, e revogou expressamente a Lei nº 10.340/99;*

*XIII – desta feita, o TJ suspendeu a referida Lei nº 12.227/06, acatando ADI proposta por uma entidade nova, a Associação de Titulares de Cartórios do Estado de São Paulo – ATC, composta de um grupo de novos titulares de cartórios, e continuou e consumou a realização do IV Concurso mediante as regras estabelecidas no Provimento 612/98 do CSM;*

*XIV – como dito antes, o Provimento nº 612/98 do CSM não observa as regras da LCE 539/88, que teriam sido recepcionadas pela Constituição Federal e Estadual, e nem pela Lei Federal nº 8.935/94, tampouco, as regras da Lei Federal nº 10.506/02, bem como o TJ, até aqui, não enviou qualquer projeto de lei sobre o assunto ao legislativo, ficando claro que ele TJ prefere continuar legislando sobre a matéria.*

*XV – em face desses procedimentos do TJ, encontram-se em andamento no STJ o RMS 25.487, relativo ao IV concurso, proposto pelo SINOREG-SP, e no STF a ADPF 87, ADC 14, a ADI 3812 e o MS 27098, propostos pela ANOREG-BR;*

*XVI – no entanto, e conforme aqui já mencionado, o TJ abriu o V – Concurso de Outorga de Delegação de Notas e Registros, com as mesmas regras do Provimento nº 612/98 do CSM, estabelecendo, no item 2.1, que a outorga das Delegações, em ambos os critérios de ingresso (provimento e remoção), far-se-á rigorosamente de acordo com os princípios definidos para o preenchimento das vagas pelo art. 236, §3º, da Constituição Federal, o art. 68, parágrafo único, da Constituição Estadual, pela decisão do Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo nº 456 e pelo Provimento nº 612/98 do Conselho Superior da Magistratura. Estabelece, no item 5, DAS PROVAS:*

- 5.1. O concurso para os dois critérios de ingresso (provimento e remoção) compreenderá as seguintes fases:
- 5.1.1. Prova de Seleção;
  - 5.1.2. Prova Escrita e Prática;
  - 5.1.3. Prova Oral, no fim da qual os candidatos serão submetidos à entrevista pessoal e reservada pela Comissão de Concurso; e
  - 5.1.4. Exame de Títulos.
- 5.2. A Prova de Seleção terá caráter eliminatório. As demais terão caráter eliminatório e classificatório, e o Exame de Títulos, apenas classificatório.
- 5.3. As provas versarão sobre as seguintes disciplinas e matérias: Registros Públicos, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comercial, Conhecimentos Gerais e Língua Portuguesa (Anexo IV).
- 5.4. O domínio da Língua Portuguesa será avaliado em todas as fases e provas do concurso.
- 5.5. A Prova de Seleção consistirá em questões de múltipla escolha sobre cada uma das disciplinas referidas, ...
- 5.5.1. A Prova de Seleção será **DISTINTA** para cada critério de ingresso (provimento e remoção). Todas as questões terão o mesmo valor.
  - 5.5.2. Ao final da Prova de Seleção, o caderno de questões poderá ser levado pelo candidato, desde que aguarde no recinto o transcurso do prazo mencionado no item 6.4 deste edital.
  - 5.5.3. Somente serão considerados habilitados e convocados para a Prova Escrita e Prática os que alcançarem maior pontuação, incluídos os empatados na última colocação, dentro da proporção de 08 (oito) candidatos por vaga, em cada opção de inscrição.
  - 5.5.4. Os não habilitados poderão obter o resultado da Prova de Seleção, mediante requerimento dirigido à Comissão de Concurso, que deverá ser protocolizado na Fundação Vunesp, ou remetido, por carta registrada ou sedex, àquela Fundação.
- 5.6. A Prova Escrita e Prática consistirá numa dissertação e na elaboração de peça prática, além de questões discursivas.

- 5.6.1. *Será permitida, na Prova Escrita e Prática, a consulta à legislação não comentada ou anotada, vedada a utilização de obras que contenham formulários, modelos e anotações pessoais, inclusive apostilas.*
- 5.6.2. *Qualquer prova que contiver algum dado que permita a identificação do candidato será anulada.*
- 5.6.3. *Somente serão considerados habilitados para a Prova Oral os candidatos que obtiverem na Prova Escrita e Prática nota igual ou superior a 5,0 (cinco).*
- 5.6.4. *A Prova Escrita e Prática valerá 10 (dez) pontos e terá peso 04 (quatro).*
- 5.6.5. *Os candidatos aprovados na Prova Escrita e Prática terão que comprovar os requisitos enumerados no item 4 e apresentar 02 (duas) fotografias de data recente, 3x4 cm, e currículo, no prazo do item 3.1.11.2, conforme modelo (Anexo V).*
- 5.6.6. *Os candidatos residentes em outros Estados, ou que tenham residido, estudado ou trabalhado fora do Estado de São Paulo após os dezoito anos de idade, também apresentarão, na mesma oportunidade, certidões de distribuidores cíveis e criminais (abrangendo o período de 10 anos), e protestos (05 anos), das comarcas que indicarem, bem como da Justiça Federal, Justiça Militar Federal e Estadual e da Polícia Civil, Federal e Estadual.*
- 5.6.7. *O candidato indicará, também, no prazo do item 3.1.11.2, fontes de referência a seu respeito, oferecendo nome, cargo e endereço completos, com CEP e telefone.*
- 5.6.8. *O candidato habilitado para a Prova Oral será submetido a exames de personalidade, compreendidos o psicotécnico e o neuropsiquiátrico, na forma que a Comissão de Concurso estabelecer.*
- 5.6.9. *O candidato será convocado para os exames, mediante publicação no Diário da Justiça Eletrônico, implicando exclusão do concurso o não comparecimento a qualquer deles.*
- 5.6.10. *Os resultados desses exames serão remetidos, em caráter sigiloso, diretamente à Comissão de Concurso.*
- 5.6.11. *As provas orais realizar-se-ão de acordo com normas que serão fixadas pela Comissão de Concurso, até 02 (dois) dias úteis após a divulgação da relação dos habilitados na Prova Escrita e Prática.*

5.6.12. Na Prova Oral, será permitida, durante a arguição, a consulta a textos de lei, disponibilizados pela Comissão de Concurso, sem anotações ou comentários de qualquer natureza, preservada em qualquer hipótese a incomunicabilidade entre os candidatos.

5.6.13. Decorridos 05 (cinco) dias da publicação da lista dos candidatos habilitados na Prova Escrita e Prática, far-se-á sorteio público para definir a ordem de arguição na Prova Oral.

5.6.14. A Prova Oral valerá 10 (dez) pontos e terá peso 04 (quatro).

5.6.15. O candidato que não obtiver nota igual ou superior a 5,0 na Prova Oral será considerado reprovado.”

Após esta breve exposição do problema, o  
Consulente ofertou à nossa consideração os seguintes quesitos:

1. *Dispositivos da Lei Complementar nº 539/88, que não conflitam com a Lei Federal nº 8.935/94, teriam sido recepcionados e deveriam ser observados no concurso de provimento da titularidade da delegação das serventias de notas e de registro do Estado de São Paulo, face à suspensão pelo TJ da Lei 12.227/06, mediante o disposto no art. 11, da Lei Federal nº 9.868/99?*
2. *Na falta de legislação estadual a respeito, conforme o disposto no art. 18 da Lei Federal nº 8.935/94, a avaliação dos títulos estabelecidos na Lei Complementar Estadual nº 539/88, face à Lei Federal nº 10.506/02, poderia ser adotada para a remoção mediante concurso de títulos?*
3. *É ilegal a exigência de concurso de provas no edital, e no Provimento nº 612/98 do CSM, para a remoção, uma vez que a Lei Federal nº 10.506/02 estabelece apenas concurso de títulos?*
4. *Em caso positivo, seriam nulos todos os concursos de remoção realizados pelo TJ em desobediência à Lei Federal nº 10.506/02, desde a sua edição?*

5. *Quanto às matérias da prova no concurso de ingresso, e considerando que a Lei Complementar Estadual nº 539/88, estabelece apenas prova escrita da matéria da natureza da serventia, é ilegal exigir-se matérias outras de Direito que não aquelas pertinentes às referidas serventias em concurso?*
6. *Diante do disposto na LCE 539/88, que exige prova escrita da matéria da natureza da serventia vaga em concurso, é legal o TJ estabelecer no Edital dos Concursos e no Provimento 612/98 do CSM, a exigência de prova oral e de entrevistas psicológicas, nos concurso de ingresso e de remoção?*
7. *Quanto à avaliação de títulos, seriam ilegais os títulos fixados nos Editais dos concursos e no Provimento 612/98 do CSM, em desrespeito à avaliação dos títulos previstas na LCE 539/88?*
8. *A LCE estabelece como autoridade competente à prática do Ato de Provimento das Serventias, o Senhor Governador do Estado, enquanto que pelo Provimento nº 612/98, o TJ avoca essa competência para o Presidente do Tribunal de Justiça, teria o TJ, face à realização dos concursos competência para proceder aos atos das referidas delegações?*
9. *A Lei Federal nº 8.935/94 e a Constituição Federal, em momento algum utilizam as expressões "OUTORGA" e "DELEGADO". Portanto, seria correta a utilização dessas expressões pelos órgãos do TJ, em substituição das expressões contidas na Constituição e na Lei, de "PROVIMENTO DA TITULARIDADE DA DELEGAÇÃO", no lugar de OUTORGA e de "NOTÁRIO ou TABELIÃO" ou de "REGISTRADOR ou OFICIAL DE REGISTRO" no lugar de DELEGADO?*



## P A R E C E R

A análise da matéria objeto da presente Consulta envolve o desenvolvimento de diferentes aspectos teóricos pertinentes à prestação dos serviços notariais e de registros. Por isso, desenvolveremos a presente manifestação opinativa em cinco grandes tópicos de abordagem.

No primeiro, analisaremos a *natureza jurídica* dos serviços notariais e de registro, considerando o direito positivo brasileiro. Após fixarmos a idéia de que notários e registradores exercem inuvidosamente atividade estatal, debateremos em que espécie de categoria de agentes públicos deverão ser enquadrados.

No segundo, mergulharemos na análise dos *aspectos constitucionais* que envolvem a outorga da delegação e a prestação dos serviços notariais e de registro. De início, analisaremos a *competência para legislar* e o *regime jurídico constitucional* a que estão subordinados notários e registradores no exercício de suas atividades, dando especial ênfase para os *princípios da separação de poderes, da legalidade e do concurso público*. Feitas estas considerações, nos dedicaremos a apreciar a *aplicabilidade constitucional, sob a ótica da sua eficácia, do princípio do concurso público para a outorga da delegação a notários e registradores*.

No terceiro, analisaremos o *princípio do concurso público em face da legislação federal que veio a disciplinar a matéria*. Naturalmente, esta análise se dará em estrita consonância lógica com o que foi observado nos tópicos anteriores.

No quarto, confrontaremos todo o exposto com *a legislação e os atos administrativos disciplinadores dos concursos para a outorga de delegações a notários e registradores no Estado de São Paulo*: Por óbvio, nesse tópico, estaremos aqui atacando mais diretamente o universo das indagações que nos foram ofertadas pelo Consulente.

Finalmente, no quinto e último, estaremos apresentando as conclusões finais e fornecendo, de forma objetiva e sintética, como de praxe, as respostas aos quesitos que nos foram ofertados.

## I. A NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS NOTARIAIS NO VIGENTE DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

### I. 1. BREVE SÍNTESE HISTÓRICA

A história das atividades notariais guarda intrínseca relação com a história da humanidade e do próprio direito. Como disse JACQUES ARMAND *"le développement de la civilization et du notariat vont de pair, le recul de l'un entraine celui de l'autre"*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> *Le Grand histoire du notariat, Paris, Jean Michel Place, 1995, p. 13*. Na tradução feita pelo autor de cuja obra extraímos a própria citação: *"o desenvolvimento da civilização e do notariado andam juntos, o recuo*

Já entre os povos da antiguidade se apresentava a necessidade de que fossem redigidos e fixados em bons termos os atos jurídicos, de modo a que fosse dada segurança e certeza às relações sociais e econômicas. A existência de alguém dotado de credibilidade e de confiabilidade pública que pudesse perpetuar por escrito os atos jurídicos passou a ser, assim, uma natural necessidade da vida social. Como disse LEONARDO BRANDELLI, em sua magnífica monografia sobre a Teoria Geral do Direito Notarial, “o embrião da atividade notarial, ou seja, o embrião do tabelião, nasceu do clamor social, para que, num mundo massivamente iletrado, houvesse um agente confiável que pudesse instrumentalizar, redigir o que fosse manifestado pelas partes contratantes, a fim de perpetuar o negócio jurídico, tornando menos penosa a sua prova, uma vez que as palavras voam ao vento”<sup>2</sup>.

Localiza-se no antigo Egito, segundo ensinam freqüentemente os historiadores, o antepassado mais longínquo dos atuais notários. Eram os denominados “*escribas*”<sup>3</sup>. Foi, contudo, JUSTINIANO I, imperador bizantino, quem empreendeu efetiva regulação da atividade notarial, ao disciplinar a atuação dos “*tabelliones*”. Como bem observa PINTO FERREIRA “no Oriente antigo, o ofício de ‘*scriba*’ era simples reflexo do poder sacerdotal, e só no direito romano a instituição do notariado toma transcendência e relevo. Tanto os atos do ‘*scriba*’ como os do ‘*tabellio*’ em Roma eram, entretanto, atos privados, que perdiam tal qualidade quando as partes contratantes os exibissem ao magistrado, diante de testemunha, e aquele lhes imprimia o

---

de um leva ao do outro” (LEONARDO BRANDELLI, in *Teoria Geral do Direito Notarial*, Ed. Saraiva, 2007, 2ª ed., p. 3).

<sup>2</sup> Op. cit., p. 4.

<sup>3</sup> Note-se que “os escribas pertenciam às categorias de funcionários mais privilegiadas e lhes era atribuída uma preparação cultural especialíssima; por isso, os cargos recebiam o tratamento de propriedade privada, e, por vezes, transmitiam-se em linhas de sucessão hereditária. Eram eles que redigiam os atos jurídicos para o monarca, bem como atendiam e anotavam todas as atividades privadas. No entanto, como não eram possuidores de fé pública, havia a necessidade de que os documentos por eles redigidos fossem homologados por autoridade superior” (LEONARDO BRANDELLI, op. cit., pp 4 e 5). É importante observar que a dimensão privada das atribuições dos escribas guarda correspondência com muitos sistemas notariais que ainda hoje existem no mundo, como no caso do Brasil em que, como se verá a seguir, o exercício da função notarial se dá por meio de pessoa privada investida nas suas funções por meio de cargo público.

É importante observar que existem estudiosos que afirmam que os antecedentes dos notários estariam ainda em tempos mais antigos, nos “*sacerdotes memoristas*”. Esta é a opinião de CLÁUDIO MARTINS in *Direito Notarial: teoria e técnica*, Rio de Janeiro, 1979, p. 47 e segs.

*sinal público, conferindo-lhe autenticidade. Esta é a primeira fase da evolução do instituto”<sup>4</sup>.*

Contudo, pelas próprias características da estrutura econômica do período feudal, após o desaparecimento do Império Romano do Ocidente, durante alguns séculos as atividades notariais deixaram de ter qualquer relevância. A autenticidade e a certeza jurídica na prática de atos jurídicos não eram vivenciadas como necessidades, na medida em que, naquele momento da história dos povos europeus, a economia era de subsistência e as transações comerciais praticamente inexistiam. Foi somente após o século XIII, com o renascimento das atividades negociais, que tem início a “*segunda fase da evolução histórica do notariado*”<sup>5</sup>. O mundo negocial que renascia trouxe a necessidade do seu ressurgimento, particularmente, na Itália, berço maior do comércio naquele particular momento da história humana. Foi na Escola de Bolonha, como registram os estudiosos do Direito Notarial, que se fixou de maneira científica a base institucional do notariado moderno.

No Brasil, ensinam os historiadores, a atividade notarial data do nosso próprio descobrimento. Pero Vaz de Caminha, embora não fosse oficialmente o escrivão da armada, de fato, exerceu a função notarial ao narrar oficialmente para a Coroa Portuguesa a descoberta e a posse das novas terras. Dentre nós, a partir de então, uma característica se fez sempre presente no exercício desta atividade. Fixou-se a tendência de que ela não deveria ser atribuída diretamente a órgãos integrantes da estrutura do Estado. Aos particulares haveria de ser, em princípio, acometida a sua titularidade ou simplesmente o seu exercício.

Deveras, no antigo direito, o titular da atividade notarial era visto como proprietário do órgão que a exercia, admitindo-se, por esta razão, a sucessão nas serventias. O tabelião as recebia como uma doação e, por conseguinte, exercia a atividade em caráter vitalício, somente podendo ser desconstituído da sua titularidade por meio de decisão judicial. Mais tarde, entretanto, apesar de afastada a noção de propriedade privada das serventias, estas continuaram a ser oferecidas a

---

<sup>4</sup> *Comentários à Constituição Brasileira, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 466.*

<sup>5</sup> PINTO FERREIRA, *op. cit.*, p. cit.

particulares em caráter vitalício. Aliás, observe-se, o art. 187 da nossa Constituição de 1946 veio consagrar explicitamente esta vitaliciedade.

Foi, porém, com a Constituição de 1967, sob a égide da ditadura militar oriunda do golpe de 31 de março de 1964, que teve início a única tentativa de estatização dos serviços notariais. O *caput* do artigo 206 daquela Carta Constitucional determinou que *“ficam oficializadas as serventias do foro judicial e extrajudicial, mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios, ou nomeados em caráter efetivo”*. Afirmava ainda que *“lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, disporá sobre normas gerais a serem observadas pelos Estados e pelo Distrito Federal na oficialização dessas serventias”* (§1º) e que ficaria vedada, *“até a entrada em vigor da lei complementar a que alude o parágrafo anterior, qualquer nomeação em caráter efetivo para as serventias não remuneradas pelos cofres públicos”* (§2º). Finalmente, abrindo uma exceção transitória ao novo sistema estabelecido, determinava que *“enquanto não fixados pelos Estados e pelo Distrito Federal os vencimentos dos funcionários das mencionadas serventias, continuarão eles a perceber as custas e emolumentos estabelecidos nos respectivos regimentos”* (§3º).

Ainda sob a vigência daquela Constituição, este dispositivo foi alterado. Pela Emenda Constitucional n. 22, de 29 de junho de 1982, determinou-se que *“ficam oficializadas as serventias do foro judicial mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo ou que tenha sido revertidos a titulares”* (art. 206), e ainda que *“as serventias extrajudiciais, respeitada a ressalva prevista no artigo anterior, serão providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, observado o critério da nomeação segundo ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos”* (art. 207) (grifo nosso).

Consagrava-se, assim, o *princípio do concurso público* para a outorga da investidura no exercício das atividades atribuídas às serventias extrajudiciais. Contudo, para a transição a essa nova realidade constitucionalmente determinada, ficou assegurado, no art. 208 daquela alterada Constituição, que *“aos*

*substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar 5 (cinco) anos de exercício, nessa condição, e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983”.*

Comentando estes dispositivos da Constituição de 1967, proclamou o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO que, em relação às serventias extrajudiciais, *“a carta federal não as oficializou. As unidades federadas, em consequência podem livremente dispor sobre o regime jurídico das serventias do foro extrajudicial, oficializando-as ou não. O texto constitucional (art. 207) impôs, contudo, duas restrições aos Estados-Membros, Distrito Federal e Territórios: a) estes deverão, na hipótese de oficializarem as serventias extrajudiciais, respeitar a situação pessoal de seus titulares, que continuarão percebendo custas e emolumentos; e b) as serventias do foro extrajudicial, oficializadas ou não, apenas serão providas mediante prévia aprovação de seus titulares em concurso público de provas e títulos”*<sup>6</sup>.

A Constituição, de 5 de outubro de 1988, deu um novo tratamento à matéria, alterando em muito a realidade até então existente. Determinou, *in verbis*, que:

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

*§1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.*

---

<sup>6</sup> Constituição Federal Anotada, São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 557 e 558.

§2º *Lei federal estabelecerá normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registros.*

§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.* (grifos nossos)

Como se observa, veio o legislador constitucional a afirmar textualmente que o exercício das funções notariais e de registro deve ser realizado por *pessoas privadas* (“*exercidos em caráter privado*”). Todavia, não negou que estas atividades teriam *origem e natureza* estatal. Pelo contrário: afirmou que haveriam de ser realizadas por “*delegação do Poder Público*”, mediante ingresso por meio de “*concurso público de provas e títulos*”.

Manteve, assim, o preexistente princípio de que a condição de notário ou de registrador somente pode ser obtida por meio de *concurso público*. Contudo abriu espaço para uma profunda discussão sobre a *natureza jurídica* desta atividade que, embora de natureza estatal, deve ser outorgada *por delegação* a pessoas privadas.

É desta discussão que nos ocuparemos a seguir.

## I. 2. A NATUREZA JURÍDICA DA FUNÇÃO NOTARIAL E DE REGISTRO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Tanto na doutrina pátria como na alienígena, fortes controvérsias doutrinárias sempre marcaram a definição da natureza jurídica da

atividade notarial. Atividade autônoma realizada por profissionais que gozam de independência no exercício de suas atribuições ou atividade subordinada ao poder hierárquico do Estado? Atividade pública ou privada? Se pública, seria uma espécie de atividade administrativa passível de ser definida como um autêntico serviço público? Ou, ao revés, seria uma forma especial e diferenciada de prestação jurisdicional a ser deferida, na sua realização, aos órgãos do Poder Judiciário?

Muito debatem, a respeito dessa matéria, estudiosos e jurisconsultos, sem lograrem êxito na construção de um posicionamento unânime. A nosso ver, todavia, a ausência dessa unanimidade, se prende, em larga medida, a um importante obstáculo epistemológico que vem impedindo, através dos tempos, uma adequada fluência da racionalidade científica no exame da matéria. Trata-se da preconceituosa visão de que a caracterização ontológico-jurídica dos fenômenos regulados pelo direito (no caso específico a atividade notarial) pode ser feita *a priori* do exame objetivo e concreto dos ordenamentos jurídicos existentes.

Deveras, embora seja possível falar-se da existência de uma Teoria Geral do Direito (e, por conseguinte, de um seu particular ramo seu a que se poderá denominar, por conveniência conceitual, "*Teoria Geral do Direito Notarial*"), construída no plano cultural humano como uma abstração principiológica das realidades normativas existentes em cada sociedade historicamente determinada, a natureza do "*ser*" jurídico sempre é definida a partir do tratamento objetivo que lhe consagra o direito positivo vigente em cada ordenamento normativo. Imaginar que uma dada atividade ou instituto jurídico tenha necessariamente uma dada essência, uma dada ontologia, constituída *a priori* da experiência normativa concreta, é fazer do mundo jurídico um mundo ideal, fantasioso, totalmente determinado e legitimado, na sua existência e nos seus menores detalhes, por um ser ou seres transcendentais (Deus ou Deuses) ou pela própria natureza. Mesmo os jusnaturalistas que sustentam a existência de um Direito Natural produzido por uma entidade transcendental ou descoberto pela razão humana na natureza limitam esse fenômeno normativo a amplos e genéricos princípios que, em si, não formam a essência do "*ser*" jurídico mais terreno, cotidiano, determinado pela realidade histórica dos povos. Diferenciam com isso o campo do direito positivo do campo do direito natural.



Donde, se a atividade notarial existente hoje em nosso país é uma atividade privada ou pública, estatal ou particular, própria do Executivo ou do Judiciário, uma particular forma de serviço público, de atividade administrativa ou jurisdicional, isso não passa de ser uma questão que não pode e não deve ser respondida sem o exame concreto e objetivo do vigente ordenamento jurídico brasileiro. Somente ele pode ofertar as respostas reais, efetivas, sobre estas importantes questões. Nada, a respeito, está definido *a priori*, independentemente da experiência normativa histórica e concreta do nosso povo.

Dentre nós, nos dias atuais, o ponto de partida central desse estudo está concentrado na Constituição Federal de 1988, a partir da regra consagrada no seu artigo 236. Ela é o alicerce central, a viga mestra que pode embasar qualquer consideração jurídica a respeito da matéria *sub examine*.

Sendo assim, devemos observar que este dispositivo constitucional, *tratando de forma conjugada as atividades notariais e de registro*, parece eliminar, de imediato, algumas formulações que poderiam ser sustentadas à margem da nossa experiência normativa concreta.

A primeira delas, indubitavelmente, seria a tese de que em nosso país os serviços notariais e de registro poderiam ser tidos como *atividades econômicas* de titularidade privada, estranhas ao Estado ou apenas reguladas por este.

Como sabido, nas sociedades capitalistas, ao mundo privado compete livremente a realização da *atividade econômica*, respeitado o disposto em lei. Não haveria de ser diferente dentre nós. De acordo com a nossa lei maior "*é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*" (art. 170, parágrafo único, da C.F.). Estas atividades, assim, em regra, competem na sua titularidade e no seu pleno exercício às pessoas privadas, sendo sempre submetidas à "*livre iniciativa*" e à "*livre concorrência*". Aliás, a *liberdade de iniciativa* e a *livre concorrência* são tidas como princípios orientadores de toda a ordem econômica, na conformidade do

disposto no art. 170, *caput*, da nossa Lei Maior<sup>7</sup>. Ao Estado só excepcionalmente será permitida a exploração de atividade econômica, e apenas nos casos expressamente previstos na Constituição<sup>8</sup>.

Logo, no Brasil, a *atividade econômica* é de livre exercício a todas as pessoas privadas, podendo ser submetida a uma autorização estatal, em certos casos excepcionais legalmente estabelecidos. Ao mundo privado compete com *livre iniciativa* realizá-la, admitida a *livre concorrência* entre todos os que pretendam igualmente atuar no mesmo campo<sup>9</sup>. Nada mais ou menos do que isso. Ao Estado, portanto, jamais caberá *delegar* o exercício de uma atividade econômica ao mundo privado. Só *delega a outrem* uma atividade aquele que a possui como *titular*.

Salta aos olhos, nessa medida, que *na conformidade do precitado art. 236 da nossa Carta Constitucional, as atividades notariais e de registro jamais e em tempo algum, ao menos entre nós, poderão ser vistas como uma atividade econômica, de natureza privada, passível de ser exercida pelos cidadãos, sob o manto da livre iniciativa e da livre concorrência*. Muito pelo contrário. De acordo com este mandamento constitucional o Poder Público *delega* a pessoas privadas o seu exercício, afastando-o, por conseguinte, da *livre iniciativa*. E além de regulá-lo na sua prestação *por lei*, afasta-o inteiramente do campo da *livre concorrência* ao submetê-lo, na outorga da respectiva delegação, a *concurso público de provas e títulos*. Pela Constituição,

<sup>7</sup> "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – livre concorrência; (...)"

<sup>8</sup> Estabelece, a respeito, a Constituição Federal:

"Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". (grifos nossos)

<sup>9</sup> Vem a talho lembrar aqui os sempre festejados ensinamentos do ilustre professor titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: "... a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual: evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o 'quantum' a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende, mesmo, da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados" (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 22ª. Ed., 2007, p. 766) (grifo nosso).

por conseguinte, é juridicamente qualificada como *função pública*, de titularidade do Estado, passível de ser delegada, na sua prestação, a pessoas privadas. Disso não se poderá ter qualquer dúvida.

A todos os que conhecem o mundo público, e a forma como se estrutura a Administração Pública, não deve causar espanto a possibilidade de uma atividade estatal ser delegada, na sua prestação ou no seu exercício, a pessoas privadas. É fenômeno próprio e comum dos Estados modernos. Como bem preleciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *“não se deve confundir a titularidade do serviço com a titularidade da prestação do serviço. Uma e outra são realidades jurídicas visceralmente distintas”*. E acrescenta: *“o fato de o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ser titular de serviços públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém ‘senhoria’ sobre eles (a qual, de resto é, antes de tudo, um dever em relação aos serviços que a Constituição ou as leis puseram ou venham a por seu cargo) não significa que deva obrigatoriamente prestá-los por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço. (...) Assim, tanto poderá prestá-los por si mesmo como poderá promover-lhes a prestação conferindo a entidades estranhas ao seu aparelhamento administrativo (particulares e outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta delas) titulação para que os desempenhem, isto é para que os prestem segundo os termos e condições que fixe. (...) É óbvio que nos casos em que o Poder Público não detém a exclusividade do serviço, não caberá imaginar esta outorga, pois quem o desempenhe prescinde dela para o exercício da atividade em questão”*.<sup>10</sup>

Desse modo, dúvidas não podem existir de que, no âmbito do direito positivo brasileiro, é tida como estatal, e de *natureza pública*, a função notarial e registral<sup>11</sup>. Por delegação constitucional direta deverá ser prestada,

<sup>10</sup> Curso, p. 659 e 660.

<sup>11</sup> Esta é também a opinião categórica de JOSÉ AFONSO DA SILVA ao declarar que: *“É fora de qualquer dúvida que as serventias notariais e registrais exercem função pública”* (in *Comentário Contextual à Constituição*, Malheiros, 2005, p. 873). Cabe observar, porém, que ainda hoje há quem não pense assim, por entender que a função exercida por notários e registradores seria “pública” e “privada”, submetendo-se assim a um regime especial de natureza híbrida. Esta posição reflete, a nosso ver, uma clara confusão, entre a natureza privada da pessoa que, aprovada em concurso público, passa a titularizar a serventia notarial ou registral, e a atividade pública que a ele foi outorgada pelo Poder Público. A respeito, registre-se a opinião da qual, pelas razões expostas, discordamos, do ilustre publicista JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, que em seu *Manual de Direito Administrativo* chega a sustentar que: *“No*

mediante concurso público de provas e títulos, por pessoas privadas. É atividade de *execução da lei* e, portanto, de natureza tipicamente *administrativa*. À luz da clássica tripartição das funções estatais originalmente proposta por MONTESQUIEU, aceita dogmaticamente como um dos pilares de sustentação do denominado Estado de Direito, outra solução não será possível, uma vez que não haverá de ser tida como *legislativa* (pois por ela não são produzidas normas genéricas disciplinadoras da vida em sociedade, ou seja, atos legislativos) ou como *jurisdicional* (uma vez que por ela também não são aplicadas sanções aos transgressores da ordem jurídica, ou seja, produzidas sentenças judiciais dotadas da autoridade de coisa julgada). É, portanto, típica e propriamente enquadrada no âmbito da *função administrativa do Estado*, integrando o objeto de estudo e de disciplina do *Direito Administrativo* por ser este, como ensina em breves e sábias palavras HARMUT MAURER, "*les corps des règles juridiques (écrites et non écrites) qui s'appliquent de manière spécifique à l'administration – c'est-à-dire à l'activité administrative, à la procédure administrative et à l'organisation administrative. Il est le droit propre de l'administration*"<sup>12</sup>.

O texto constitucional, todavia, em que pese tenha apontado um rumo seguro para a definição ontológico-jurídica da natureza da atividade notarial e registral, em um segundo momento, acaba por propiciar discussões e polêmicas. É certo que a atividade notarial e de registro é juridicamente qualificada por ele como pública, e naturalmente como administrativa. Todavia, deverá ser vista como uma forma especial e própria de prestação de um serviço público? E seus prestadores, deverão ser definidos como servidores públicos?

Diverge a doutrina sobre ser ou não a atividade notarial e registral passível de ser enquadrada como uma espécie de serviço

---

que concerne especificamente aos titulares de registros e ofícios de notas, cujas funções são desempenhadas em caráter privado, por delegação do Poder Público, como consigna o art. 236 da CF, sujeitam-se eles a regime jurídico singular, contemplado na Lei nº 8.935, de 18/11/94. Apesar de a função caracterizar-se como de natureza privada, sua investidura depende de aprovação em concurso público e sua atuação se submete a controle do Poder Judiciário, de onde se infere que se trata de regime jurídico híbrido. Não há dúvida, todavia, de que estes agentes, pelas funções que desempenham, devem ser qualificados como colaboradores do Poder Público, muito embora não sejam ocupantes de cargo público, mas sim agentes que exercem, em caráter de definitividade, função pública sujeita a regime especial" (17ª. Ed., Lumen Júris, Rio de Janeiro, p. 513).

<sup>12</sup> *Droit Administratif Allemand, L.G.D.J., traduit par Michel Fromont, 1994, p. 36.*

público. Contudo, a bem da verdade, a discussão não se liga a qualquer dúvida ou polêmica relativa a características da função realizada por notários ou registradores. A sua origem se prende às próprias controvérsias existentes, historicamente, sobre o conceito de *serviço público*.

Como a ninguém é dado desconhecer, as primeiras noções acerca do conceito de serviço público foram lavradas em solo francês, com o surgimento da chamada *Escola do Serviço Público*, capitaneada por LEON DUGUIT e que teve como seguidores ROGER BONNARD e GASTON JÉZE, entre outros. Para DUGUIT, o *serviço público* seria o limite e o fundamento de todo o poder governamental e, portanto, todo o Direito Administrativo deveria ser visto como um conjunto de princípios e normas congregados ao derredor da idéia de *serviço público*. Mudava-se, assim, a compreensão desta disciplina, antes fundada sobre a idéia de “*poder*” do Estado. O fundamento agora passava a ser o “*dever*” do Estado, ou seja, o “*serviço*” a ser prestado à coletividade, de modo que o *serviço público* seria “*o limite e o fundamento do próprio poder governamental*”<sup>13</sup>.

Esta visão recebeu fortes críticas, como bem observou JEAN RIVERO ao anotar que a Escola do Serviço Público “*acreditou poder explicar todas as particularidades do direito administrativo pelas necessidades do serviço público; no entanto cometeu o erro de não prestar suficiente atenção à exceção que acompanhava o princípio, quer dizer a gestão privada dos serviços públicos, atribuindo assim ao princípio um alcance mais lato do que a jurisprudência lhe dava*”<sup>14</sup>.

Esta excessiva amplitude atribuída ao conceito passou a ser objetada por muitos. Questionou-se a utilidade de se adotar um conceito que em seu contexto reuniria realidades tão díspares. Buscou-se então a sua reformulação, o estabelecimento de critérios menos fluidos para a definição de seus contornos. Negando-se a possibilidade sustentada de que todas as atividades do Estado (funções legislativa, administrativa e jurisdicional) fossem incluídas no conceito, diversos e diferentes cortes de abrangência conceitual foram sugeridos. Houve quem tenha sugerido

<sup>13</sup> *Traité de Droit Constitutionnel*, 2ª. Ed., Librairie Fontemoing, 1923, v. II, p. 70.

<sup>14</sup> *Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1981, p. 191.

que do conceito deveriam ser retirados todos os atos pertinentes à função legislativa e jurisdicional, de modo a se construir uma verdadeira identidade entre o serviço público e a função administrativa do Estado. Houve quem, por outro lado, sugerisse que o poder de polícia (atividade estatal que limita o exercício da liberdade e da propriedade) que é exercido ao longo da função administrativa, não fosse considerado englobado pelo conceito. Houve quem, excluindo do conceito o poder de polícia, nele incluísse apenas as atividades realizadas no exercício de atividade material, desde que submetidas ao regime de direito público. Houve finalmente quem, aprofundando o corte e restringindo ainda mais o conceito, tenha sugerido que na noção de serviço público apenas restem incluídas as atividades de oferecimento de utilidade ou de comodidade material fruíveis diretamente pelos administrados, excluídas, por conseguinte, as atividades administrativas que não tenham tais características. Não faltam, portanto, propostas e teses acerca da matéria.

Contudo, ao contrário do que alguns parecem compreender, a discussão sobre a abrangência que deve ser atribuída ao conceito de serviços públicos não se colocou em padrões de neutralidade axiológica ou de cientificidade pura. Ao revés, da mesma forma que as próprias concepções da Escola do Serviço Público foram marcadas, nas suas formulações, por uma dimensão ideológica e política da compreensão do papel Estado, toda a polêmica doutrinária e científica que se segue é caracterizada por esta mesma dimensão. Concepções liberais, estatizantes, neoliberais, socialistas influenciaram profundamente esta discussão<sup>15</sup>, alterando a forma de ver dos estudiosos do tema. E acabaram por gerar aquilo que muitos convencionaram chamar de “*a crise da noção de serviço público*”, posta em tal dimensão que para alguns

---

<sup>15</sup> Como chegou a observar o saudoso mestre e sempre lembrado Reitor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO acerca do conceito de serviço público: “*A substituição da concepção individualista pela socialista de Estado deu-lhe especial destaque, pois fez crescer, extraordinariamente, o seu campo. O Estado erige uma atividade em serviço público quando entende que o interesse geral não poderia ser satisfeito, ou o seria de maneira insuficiente, se não assumisse tal encargo*” (in *Princípios Gerais de Direito Administrativo, Forense, 1979, vol. I p. 16*). Naturalmente, com o renascimento da visão neoliberal do Estado, uma outra visão ideológica passou a permeiar os estudos que se deixaram influenciar por esta visão do Estado. E assim, até hoje, permanece ideológica e politicamente condicionada, a formulação das diferentes formas de se conceber e de se conceituar o serviço público.

revelaria a própria necessidade de que fosse abandonada definitivamente a utilização do próprio conceito, pela confusão que ensejaria<sup>16</sup>.

Deste ponto de vista não compartilham a maior parte dos constitucionalistas e administrativistas brasileiros contemporâneos. De fato, embora buscando pragmaticamente uma forma mais restrita de conceituar o serviço público, amparada no nosso próprio direito positivo<sup>17</sup>, tem-se entendido que esta noção deve ser vista como um importante campo de atividades a ser localizado dentro do exercício da função administrativa do Estado. Partem, portanto, da concepção de que os elementos definidores do conceito de serviço público devem ser retirados das normas constitucionais e legais em vigor, e das concepções dominantes na sociedade, na medida em que, como bem diz DINORÁ GROTTI, em excelente monografia, *“cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre o seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico”*<sup>18</sup>.

Desse modo, entendemos com MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que, além de a noção de serviço público não ter permanecido estática no tempo, ela depende da legislação de cada país, da abrangência dada às atividades que devem ser tidas como integradas ao conceito, embora não se possa

<sup>16</sup> Por oportuno, vale citar breve comentário feito a respeito por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO quando ao reconhecer que o *“serviço público constitui-se em uma das mais importantes noções do direito administrativo brasileiro”* pontua que *“diante da orquestrada zoeira da privatização, em diferentes partes do mundo, mas sobreposse entre os sub ou semi-desenvolvidos (como é natural) e até mesmo no Brasil – em desrespeito aos dizeres da Constituição – chegou-se a apregoar o fim da noção de serviço público e uma suposta superação do Direito Administrativo até então existente, substituídos um e outro pelas maravilhas da livre iniciativa e da auto-regulamentação do mercado, tudo no melhor estilo e sotaque norte-americano. Os que disso se fizeram arautos cumpriram, em sua maioria sem se aperceber, o papel de massa de manobra para a portentosa campanha de ‘marketing’ conduzida pelos organismos financeiros internacionais manejados pelos países cêntricos, nos quais, para penetrar livremente nos mercados dos países emergentes e praticar o ‘vampirismo econômico’ foram elaborados os motes ‘globalização’ e ‘reforma do Estado’, em termos que lhes facilitassem os objetivos”* (Curso, p. 652, nota 5).

<sup>17</sup> Lembremos que, ao lado de outras normas de direito positivo, o nosso texto constitucional faz expressa menção ao conceito de serviço público no seu art. 175, caput, ao afirmar que: *“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”*. Desse modo a definição do que seja serviço público, dentro de uma interpretação sistemática das nossas normas constitucionais, não pode ser ignorada ou abandonada, por maior que seja a polêmica que exista sobre o tema.

<sup>18</sup> *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, Malheiros Editores, 2003, p. 87.

dizer, respeitado um certo campo predefinido de aceitação jurídica ditado pelas normas em vigor e pelas concepções dominantes, que *"dentre os conceitos mais amplos ou mais restritos, que um seja mais correto que o outro"*<sup>19</sup>. Há assim, dentro de parâmetros de aceitação dados pela ordem jurídica e pela visão dominante na sociedade, um campo a ser normativamente definido ou doutrinariamente pactuado, conforme o caso, para a definição de um conceito de serviço público. Indubitavelmente, dentro dos marcos constitucionais, e reconhecido o que pela nossa Lei Maior necessariamente deve ser compreendido como tal, o legislador ordinário, de todas as esferas federativas, não deixa de gozar de certa zona de discricionariedade para estabelecer o que deve ser tido como serviço público e o que não deve. Em situação semelhante, dentro dos próprios marcos constitucionais e legais produzidos pelo legislador ordinário, existe também uma zona de indefinição jurídica que deve ser objeto de livre apreciação e estipulação pelo estudioso do Direito acerca de qual conceito adotará para definir o que entende por serviço público. Deveras, nesse último caso, pela inexistência de uma definição rígida e indubidosa, advinda da Constituição e da lei, acerca do que normativamente deve-se ter ou não como serviço público, ao cientista do Direito, naturalmente dentro do que reputa mais conveniente, caberá estipular livremente o conceito que tem por mais adequado. Haverá aqui, portanto, sem sombra de dúvida, como acontece em muitos conceitos atinentes ao campo do Direito Administrativo, uma margem de livre estipulação conceitual a ser utilizada pelo jurista<sup>20</sup>.

Para que se evitem maiores delongas, na conceituação de serviços públicos, adotaremos no momento a definição de serviço público proposta por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, muito lembrada e citada por

<sup>19</sup> *Direito Administrativo, Atlas, 19ª. Ed., 2006, p. 113 e 114*

<sup>20</sup> Valemo-nos aqui dos magistrais ensinamentos de AUGUSTÍN GORDILLO quando analisa a liberdade de estipulação relativamente aos conceitos do Direito Administrativo. Como ensina o mestre argentino *"todas las palabras del lenguaje tienen una zona central donde su significado es más o menos cierto y una zona exterior en la cual su aplicación es menos usual y se hace más dudoso saber si la palabra puede ser aplicada o no. Ello se resuelve en parte buscando cuál es el contexto en que la palabra ha sido empleada por quien la utiliza, la expresión en que aparece, o incluso las situaciones con las cuales está en una función de conexión. (...) Pero ello no soluciona suficientemente la cuestión en el caso de las palabras del derecho administrativo, pues su zona periférica de incertidumbre es muy amplia: se torna por ello metodologicamente necesario tratar de estipular un campo de aplicación lo más preciso que sea posible (nunca lo será totalmente) para saber entonces cuál es el campo de aplicación de un determinado régimen jurídico y no outro. Esto no le dará exactitud al análisis de los problemas jurídicos, pero si más racionalidad en el tratamiento de tales problemas que empleando palabras que el autor supone 'verdaderas' o necesariamente válidas"* (*Tratado de Derecho Administrativo, Del Rey, tomo 1, 7ª. Ed., p. 1-17*).



estudiosos e julgados contemporâneos. Segundo o mestre, deve-se entender por serviço público “*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*”<sup>21</sup>. Assim, no campo deste conceito, deve-se entender como serviço público apenas o particular segmento da função administrativa do Estado capaz de gerar aos administrados *utilidades ou comodidades materiais individualmente por ele fruíveis* (como luz, água, gás, telefone, transporte coletivo, etc.)<sup>22</sup>.

Sendo assim, ao menos dentro destes específicos marcos conceituais, não poderemos incluir as atividades de notários e registradores no campo dos serviços públicos propriamente ditos. Deveremos ter tais atividades, de acordo com o afirmado anteriormente, como decorrentes do exercício de função pública, de natureza administrativa, mas não como um serviço público. As funções desenvolvidas por notários e registradores não geram quaisquer utilidades ou comodidades materiais aos administrados. Produzem, isto sim, “*certeza e segurança jurídica*”.

É o que ensina, aliás, JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao adotar o mesmo conceito de serviço público por nós ora acolhido. Afirma o constitucionalista, ao reconhecer que as serventias notariais e registrais exercem função pública tanto quanto as atividades de telecomunicações, de radiodifusão, de energia elétrica, de navegação aérea e aeroespacial e de transportes, por força do disposto na Constituição Federal (art. 21, XI e XII), que: “*a distinção que se pode fazer consiste no fato de que os últimos são serviços públicos de ordem material, serviços de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, enquanto os prestados*

<sup>21</sup> *Curso*, p. 650.

<sup>22</sup> Observe-se que este conceito é extremamente limitador e restritivo, na medida em que como reconhece o seu próprio autor, inclui em seu campo de definição apenas os serviços *uti singuli*, ou seja os serviços passíveis de serem fruídos individualmente por todos os administrados. Deles afasta, por conseguinte, os denominados serviços *uti universi* que prestados pelo Poder Público podem ser coletivamente fruídos por todos. Isso tem propiciado algumas críticas a esta formulação, que em momento próprio devem ser analisadas e debatidas. Todavia, por fugir inteiramente ao escopo do presente trabalho, a elas não nos referiremos, e nos limitaremos a adotar este conceito apenas como uma natural pactuação para o desenvolvimento das linhas que a seguir temos necessidade de desenvolver.

*pelas serventias do foro extrajudicial são serviços de ordem jurídica ou formal, por isso têm antes a característica de ofício ou de função pública, mediante a qual o Estado intervém em atos ou negócios da vida privada para conferir-lhes certeza, eficácia e segurança jurídica, por isso, sua prestação indireta configura delegação de função ou ofício público e não concessão ou permissão, como ocorre nas hipóteses de prestação indireta de serviços materiais” (...) “A terminologia – função ou serviço -, para os fins aqui em vista, não é relevante. Apenas se pode notar que a Constituição fala em serviço de registro; só por esta razão vamos usar a terminologia constitucional, falando de preferência, em serviço, embora reconheçamos que melhor seria o termo ‘função’”<sup>23</sup>.*

Para nós, portanto, em virtude da realidade conceitual adotada, os serviços notariais e de registro não poderão ser tidos como verdadeiros e próprios *serviços públicos*. Qualificam exercício de atividade pública, de verdadeira espécie de função administrativa, submetida ao regime e aos princípios do Direito Administrativo, delegada a terceiros por meio de concurso público. É por isso que a delegação referida, como indicado acima nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA, não pode ser vista como uma forma descentralizada de serviço público, realizada por meio de uma concessão ou de uma permissão de serviços públicos. Deveras, de acordo com o art. 175, *caput*, da nossa vigente Constituição Federal<sup>24</sup>, o serviço público somente poderá ser prestado pelo Poder Público diretamente, ou indiretamente “*sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação*”. No caso das funções realizadas por notários e registradores, não há uma forma de prestação de um serviço público. Por isso, a delegação referida no art. 236 da Lei Maior não se efetiva por meio de uma concessão ou uma permissão de serviços públicos, nem por meio de licitação. É uma forma de delegação atípica de função administrativa, constitucionalmente estabelecida a particulares, por meio de concurso público de provas e títulos. Inadmissível, portanto, qualquer confusão a respeito. Não são notários e registradores concessionários ou permissionários de serviços públicos<sup>25</sup>. São delegados prestadores de função administrativa do Estado<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Op. cit., p. 874

<sup>24</sup> V. texto na nota 11 *supra*.

<sup>25</sup> Cumpre observar que o próprio CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em obra monográfica específica, ao comentar o seu conceito de serviço público, faz idêntica observação. Pondera que “*na definição de serviço público proposta no presente trabalho, vale encarecer que, deliberadamente, encaramos o objeto em termos estritos, de acordo com a técnica jurídica que nos parece a melhor, ou seja:*

Esta definição nos permite preparar o terreno para a compreensão da resposta que deve ser atribuída à outra indagação acima formulada. É possível afirmar-se que notários e registradores são *funcionários* ou *servidores públicos*?

A questão exige aguda reflexão. Em geral, quase sempre os doutrinadores atuais que reconhecem que notários e registradores exercem função pública admitem que eles estão incluídos na ampla categoria dos *agentes públicos*. Afinal, como bem ensina LÚCIA VALLE FIGUEIREDO em consonância com a melhor doutrina, "*agentes públicos são todos aqueles investidos em funções públicas, quer permanente, quer temporariamente*". E acrescenta: "*a expressão 'agentes públicos' é abrangente e abriga os agentes políticos, funcionários, servidores, contratados por tempo determinado para serviço de excepcional interesse público e, ainda, os que*

---

*referimo-nos apenas aos serviços de ordem material prestados pelo Estado; donde ficarem excluídos os de ordem puramente jurídica, tais os serviços cartorários e de tabelionatos ou registros públicos. Estes correspondem a intervenções do Estado em atos da vida particular vólvidos basicamente ao oferecimento de certeza jurídica e segurança jurídica aos indivíduos. Por isso, sua prestação indireta, que configura a delegação de função ou ofício público, é instituto nitidamente diferenciado da concessão de serviços públicos. A forma de encarar o serviço público, por nós adotada, coincide coerentemente com a distinção que acolhemos entre 'atividade material' e 'atividade jurídica da Administração', ou seja, entre funções públicas administrativas de um lado, e serviços públicos de outro" (in Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª. Ed., 1979, p.1, nota 1).*

<sup>26</sup> Esta constatação tem fortes raízes históricas. A respeito lembremos a lição de De Falco, citada por João Mendes Júnior, em sua obra "Organs da Fé Pública": "Até a metade do século XIII não se acham notários com a qualidade de officiaes publicos; mas ás vezes, o officio de notario via-se confundido com o de juiz, por força das tradições historicas que, até aquelle tempo, tinham tornado necessário o ministerio do magistrado para dar caracter publico ao acto notariado. Entretanto, os juizes pela multiplicidade dos actos que deviam cumprir como notários, começaram a delegar essas funcções aos seus escrivães e chancelleres, os quaes pouco a pouco foram se tornando peritissimos na sciencia das fórmãs e constituiram uma classe de officiaes publicos separada e independente. Operou-se, então, uma mudança substancial no caracter e na indole do officio notarial: o ministerio dos notário não foi mais uma emanação da autoridade judiciária, como nos primeiros tempos o tinha sido da autoridade sacerdotal, mas tornou-se uma delegação immediata do poder soberano. Os notarios foram os delegados directos e especiais do governo, para tornar executórios os actos e contractos a que as partes devessem ou quizessem imprimir o caracter de autenticidade proprio dos actos de autoridade pública." (apud In "Sobre a responsabilidade civil dos notários e registradores", São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade Paulista, UNIP, 1997 disponível no sítio [www.primeirosp.com.br/Flauzilino.rtf](http://www.primeirosp.com.br/Flauzilino.rtf)).

Acerca da matéria também já se havia pronunciado com a habitual precisão OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, muito antes da Constituição de 1988. Disse o mestre que "*ao se considerarem tabeliães e escrivães, titulares de officio público, como delegados de atividade jurídica do Estado, não se dá com isso a sua equiparação aos delegados de encargos públicos, ou melhor, aos concessionários de obras e serviços públicos. Ambos recebem do Estado delegação para exercer, em nome e conta própria, atividades próprias do Estado, mas de natureza absolutamente distinta, como sejam as de officio público, que envolvem o exercício de atividades ou de efeitos jurídicos, e as de empresa pública, mediante concessão de obra ou de serviço, em que efetivam a prestação de atividade material, de comodidade oferecida ao público. Por isso, os concessionários se organizam em empresas ou sociedades comerciais ou civis e aqueles, em principio, não podem isso fazer (op. cit., vol. II, p. 368)*

*obtiveram estabilidade por meio da Constituição de 1988, das 'Disposições Gerais e Transitórias'. Também inclui os particulares em colaboração com a Administração Pública*"<sup>27</sup>.

São, pois, notários e registradores, como muitos reconhecem, uma espécie do gênero *agente público*. Mas passíveis de serem classificados em que espécie? Em que categoria se situam? Na dos servidores públicos? Na dos funcionários públicos? Em outra diferenciada?

A resposta a estas indagações tem ensejado grandes controvérsias, tanto na doutrina como na própria jurisprudência.

Muitos estudiosos chegaram a sustentar que notários e registradores devem ser considerados *funcionários públicos*<sup>28</sup>. Durante longo período de tempo esta foi tida como a posição majoritária entre nós, como observou na sua já citada monografia LEONARDO BRANDELLI<sup>29</sup>. Após a entrada em vigor da

---

<sup>27</sup> *Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 8ª. Ed., 2006, p.597.* Voz discordante deste ponto de vista, nos dias atuais, é a da ilustre Ministra do Supremo Tribunal Federal CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA. Frisando que sua posição contraria os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, afirma a administrativista mineira que "*agente público é a pessoa física que, vinculando-se juridicamente a uma pessoa pública, dispõe de competência legalmente estabelecida para o desempenho de função estatal em caráter permanente ou transitório. (...) Como agente público é considerado aquele que mantém um vínculo como Estado, em geral sempre se deixou de considerar como tal quem, conquanto atuando em nome do Estado não o compunha. Assim, os particulares que, por meio de um elo contratualmente firmado, por exemplo, e sem integrar a pessoa estatal, desempenhavam funções que lhes eram delegadas não eram compreendidas no universo dos agentes públicos. Continuavam particulares agindo com o Estado e não como Estado, qualidade inerente ao integrante da pessoa pública. Nesse sentido, aliás, é cuidadoso o constituinte brasileiro de 87/88 na referência a agente público. Quando menciona o particular que atua no exercício de função pública mediante delegação, por exemplo, não emprega a expressão agente público, mas apenas agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art.5º, LXIX, entre outros), ficando claro, então, que, no sistema constitucional brasileiro, a expressão agente público não inclui os particulares, mesmo aqueles que atuam em regime de colaboração com o Poder Público, mas que permanecem naquela condição jurídica (de particulares, agentes de pessoas jurídicas de direito público e não de agentes públicos) (Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, Saraiva, 1999, p. 60 e 61).*

<sup>28</sup> Antes da Constituição Federal de 1988, muitos afirmavam que notários e registradores seriam "*funcionários públicos*". JOSÉ MÁRIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, no seu Manual dos Tabeliães (Saraiva, 1975), por exemplo, sustentava que "*os Serventuários da Justiça, mesmo os do foro extrajudicial, são funcionários públicos.*" (...) "*Pode-se, pois, afirmar que os Serventuários da Justiça do foro extrajudicial, na categoria incluídos os Tabeliães, são funcionários do Estado, funcionários públicos vitalícios, quando preenchem requisitos do aludido tempo de serviço. Em prol dessa vitaliciedade, falam assim reiteradamente os textos constitucionais, o modo de investidura, o exercício de função eminentemente pública, a fé que se atribui a seus atos, as dependências hierárquicas ao Poder Judiciário, sendo irrelevante, para a descaracterização, a forma de estipêndio*" (grifos nossos)

<sup>29</sup> *In Teoria Geral do Direito Notarial, Saraiva, 2ª. Ed., 2007, p.43.* Afirma, a respeito, o estudioso que "*havia uma profunda discussão acerca de ser o notário um funcionário público ou um agente delegado,*

Constituição Federal de 1988, porém, em face da não utilização pela nossa Lei Maior da expressão “*funcionários públicos*”, mas partindo da mesma concepção jurídica, muitos passaram a defender que notários e registradores deveriam ser classificados como espécies do gênero *servidor público*. Aliás, é a tese esposada pela professora titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, MARIA HELENA DINIZ, ao referir-se especificamente à serventia imobiliária: “o oficial imobiliário e seus funcionários são servidores públicos, subordinados a órgãos estatais, integrados ao Executivo e Judiciário.” (...) “O oficial de registro imobiliário não é um servidor público ordinário; é um técnico incumbido de registrar a aquisição de um imóvel ou a sua oneração, constituindo, com o assento, um direito real em favor de alguém. A tecnicidade de sua função requer qualidade de serviços prestados. O oficial titular do Cartório é servidor público, tendo autonomia administrativa, mas não é remunerado pelo Estado, e sim, pelos interessados no registro, pois terá direito, a título de remuneração, a emolumentos, fixados por órgão competente, pelos atos praticados. O Poder Público não arcará com o ônus dos serviços do Registro Imobiliário. Embora exerça função pública em interesse próprio, não estando vinculado ao Estado por uma relação hierárquica, ele se subordina aos critérios estatais quanto à fiscalização, disciplina e punição dos atos por ele praticados, oficializados ou privatizados; portanto, o serventuário é um servidor público”<sup>30</sup>.

Idêntica posição também é assumida por FLAUZELINO ARAÚJO DO SANTOS, inserida em interessante monografia, quando afirma, após cuidadosas referências doutrinárias, que: “à evidência, portanto, que o notário e o oficial de registro não exercem funções privadas, porém públicas, com destaque que a função não é exercida em seus próprios nomes, mas no do Estado através da delegação que lhes é conferida na forma da lei, o que os insere na categoria de servidores públicos”<sup>31</sup>.

---

sendo a primeira solução a que mais se difundiu, tornando-se esmagadoramente majoritária, ao contrário da segunda que minguou entre alguns juristas”.

<sup>30</sup> *Sistemas de Registros de Imóveis*, Saraiva, 2006, p. 619 e 620.

<sup>31</sup> *Op. cit.* (v. nota 20, *supra*). Ao final desse mesmo estudo firma a seguinte conclusão: “os delegados dos serviços de notas e de registros - tabeliães e oficiais de registro, embora desempenhem atividades de caráter privado por delegação do poder público, guardam a qualificação de servidores públicos” (grifo nosso).

Outros autores de igual renome, todavia, compartilham de diferente entendimento. Optam por incluí-los em uma categoria diferenciada de agentes públicos constituída por particulares que exercem uma particular espécie de função administrativa, em decorrência de delegação estatal. HELY LOPES MEIRELLES, por exemplo, os coloca na categoria que denomina “*agentes delegados*”, formada por “*particulares que recebem a incumbência de determinada atividade, obra ou serviço público, por sua conta e risco, mas segundo normas do Estado e sob permanente fiscalização do delegante*”<sup>32</sup>. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, seguindo os fundamentos de classificação originalmente proposta por OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, os situa na categoria que denomina “*particulares em colaboração com administração*”<sup>33</sup>, sendo aqui acompanhado de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO<sup>34</sup>. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO prefere denominá-los “*agentes particulares colaboradores*”<sup>35</sup>, enquanto MARÇAL JUSTEM FILHO, formulando uma original classificação dos “*agentes estatais*”, prefere enquadrá-los na categoria que denomina “*agentes do Poder Judiciário não servidores*”<sup>36</sup>.

Mesmo após a entrada em vigor da Constituição de 1988, a nossa jurisprudência também parece navegar em mar de incertezas sempre que é chamada a tratar, por diferentes razões, da matéria. Uma breve análise histórica dos julgados do Supremo Tribunal Federal assim o revela.

Durante um bom período de tempo, acolheu o nosso Pretório Excelso, pela maioria dos seus membros, a tese de que notários e registradores são *servidores públicos*. Em certos julgados ainda afirmou que, nesta condição, deviam ser considerados como verdadeiros titulares de *cargos públicos*.

---

<sup>32</sup> *Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 32ª ed., 2006, p. 80*. Esclarecendo seu ponto de vista afirmou ainda o saudoso administrativista que “*esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nesta categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não-estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou de interesse coletivo*” (*op. cit.*, p. 80 e 81).

<sup>33</sup> *Curso*, p. 241 e 242.

<sup>34</sup> *Op. Cit.*, p. 505.

<sup>35</sup> *Op. Cit.*, p. 513.

<sup>36</sup> *Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 2005, p. 573 e 574*.

A propósito, temos por oportuno analisar com alguma detença a importante decisão tomada quando do julgamento do Recurso Extraordinário de nº 178.236-6-RJ, em que foi relator o Ministro OCTAVIO GALLOTTI<sup>37</sup>. Debatia-se na oportunidade se os serventuários de notas e de registros estariam ou não sujeitos à aposentadoria compulsória estabelecida no art. 40, II, da Constituição Federal. Decidindo-se a questão por maioria de votos, prevaleceu a tese de que, sendo estes serventuários autênticos *servidores públicos e ocupantes de cargos públicos criados por lei*, deveriam estar sujeitos a esta forma particular de aposentadoria.

É esta a Ementa do v. Acórdão, que passou a ser tido como um paradigma decisório da nossa Corte Suprema durante algum tempo:

*“EMENTA: - 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 registros sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (art. 40, II, e 236, e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988).*

*Recurso que se conhece pela letra “c”, mas a que, por maioria de votos, nega-se provimento.”*

Como se observa pela leitura imediata da ementa transcrita, quatro argumentos são destacados para subsidiar a tese de que estes serventuários estão efetivamente inseridos na categoria de *servidores públicos*. O primeiro é o de que seriam “*ocupantes de cargo público criado por lei*”. O segundo, o de que seriam submetidos “*à permanente fiscalização do Estado*”. O terceiro, o de que seriam diretamente remunerados “*à conta de receita pública*”. E, finalmente, o quarto e último

---

<sup>37</sup> O Acórdão tem a data de 7 de março de 1996.

projeta-se no sentido de que os cargos por eles ocupados seriam providos “*por concurso público*”<sup>38</sup>.

A leitura integral do v. Acórdão revela que a ementa expressa fielmente a síntese da posição vencedora. A estas razões deve ser apenas acrescido o argumento utilizado pelo Ministro CELSO DE MELLO quanto a que “*não se pode desconsiderar, neste ponto, a comunis opinio doctorum, que, sem maiores disposições, classifica os Serventuários entre os servidores públicos, eis que – conforme adverte AGUIAR DIAS – “só por supersticioso apego a essa tradição abandonada (a de atribuição dos cartórios a título de propriedade), continuaríamos a negar ao serventuário de Justiça a condição de funcionário público (RDA 31/120)” (...)* “Essa mesma orientação é partilhada, dentre outros eminentes autores, por CAIO TÁCITO (RDA 50/252-236), ALAIM DE ALMEIDA CARNEIRO (RDA 3/447 E RDA 13/510) e L.C. DE MIRANDA LIMA (RDA 55/376-381”.

Apresentando fortes razões contrárias a este posicionamento, em magníficas e substanciosas razões de voto, pronunciaram-se os Ministros MARCO AURÉLIO e SEPÚLVEDA PERTENCE, afirmando que não se poderia admitir a tese de que notários e registradores fossem considerados como *servidores públicos*<sup>39</sup>.

A partir daí, apesar da divergência, consolidou-se durante algum tempo o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria. Diversos julgados se repetiram na linha de dar acolhimento à tese vencedora,

---

<sup>38</sup> Em seu voto, o Ministro SIDNEY SANCHES, de passagem, menciona também como argumento o fato de o art. 236, §3º, da Constituição Federal, mencionar o concurso de remoção nos casos em que a serventia fique vaga. Diz ele que “*até o concurso de remoção de serventuários (§3º) está a evidenciar que se trata de função pública, pois concurso para se remover alguém de uma atividade privada é que me parece incompatível com o sistema constitucional*”.

<sup>39</sup> Estes votos serão referidos e analisados a seguir quando do oferecimento da nossa posição pessoal sobre o tema. Observe-se que também votou contrariamente à tese vencedora o Ministro FRANCISCO REZEK. Ademais, cumpre ainda aqui mencionar a interessante posição manifestada naquele julgamento pelo Ministro MAURÍCIO CORREA. Embora sustentando que os serventuários dos cartórios de notas e registros *não são servidores públicos*, mas “*particulares em colaboração com a administração*”, reconheceu a necessidade de que fossem submetidos à aposentadoria compulsória. Afirmou que “*a melhor tese é a que sustenta a compulsoriedade da aposentadoria aos notários e registradores, porque exercem função pública delegada pelo Poder Público, pois não é da tradição do nosso direito a vitaliciedade em função pública*”. Desse modo, votou com a maioria, mas partindo de premissa distinta da apresentada pelos Ministros que acompanharam o voto vencedor do Relator.



reafirmando que notários e registradores seriam efetivamente *servidores públicos*, e por assim ser haveriam de estar sujeitos à aposentadoria compulsória<sup>40</sup>.

Tempos mais tarde, complexa discussão associada à matéria ocorreu quando do julgamento da ADI nº 1.531 – MC (*medida cautelar*), em que foi relator o Ministro SIDNEY SANCHES (Acórdão de 24.06.99). Nesta ação se discutiu a inconstitucionalidade do §2º do art. 25 da Lei nº 8.935/94, por estabelecer este que “*a diplomação, na hipótese de mandato eletivo, e a posse nos demais casos*” implicará o necessário afastamento da atividade notarial e de registro. Questionava-se se tal mandamento legal não colidiria com o preceito constitucional inserido no art. 38, III, da nossa Lei Maior que autoriza o *servidor público* investido no mandato de Vereador, desde que exista compatibilidade de horários, a exercer

<sup>40</sup> Incorreu assim em equívoco, s.m.j., o eminente JOSÉ AFONSO DA SILVA quando em obra datada de 2005 afirmou, ao se referir à decisão proferida no RE 178.236-6, que “*essa decisão do colendo STF, com a devida vênia, não pode ser tida como jurisprudência consolidada sobre o assunto, porque – salvo engano – é única a apreciá-lo depois da Constituição de 1988*” (*op. cit.*, p. 876). Com efeito, várias decisões do Pretório Excelso se seguiram àquela, adotando idêntico entendimento. Veja-se, a respeito, a decisão tomada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 189.736-SP, em que foi Relator o Ministro Moreira Alves, logo após o julgamento do aludido RE 178.236-6 (26.03.96). É esta a ementa do v. Acórdão:

“*EMENTA: Aposentadoria dos titulares das serventias de notas e registros. Aplicação a eles da aposentadoria compulsória prevista no art. 40, II, da Constituição Federal.*

- *Há pouco, o plenário desta Corte, por maioria de votos ao julgar o R.E. 178.226, relator o Sr. Ministro Octavio Gallotti, decidiu que os titulares das serventias de notas e registros estão sujeitos à aposentadoria compulsória prevista no art. 40, II, da Constituição Federal. Entendeu a maioria deste Tribunal, em síntese, que o sentido do art. 236 da Carta Magna foi o de tolher, sem mesmo reverter, a oficialização dos cartórios de notas e registros, em contraste com a estatização estabelecida para as serventias do foro judicial pelo art. 31 do ADCT; ademais, pelas características desses serviços (inclusive pelo pagamento por emolumentos que são taxas) e pelas exigências feitas pelo art. 236 da Carta Magna (assim, o concurso público de provas e títulos para provimento e o concurso de remoção), os titulares dessas serventias são servidores públicos em sentido amplo, aplicando-se-lhes o preceito constitucional relativo à aposentadoria compulsória determinada pelo citado artigo 40, II, da Constituição Federal.*

- *Dessa decisão não diverge o acórdão recorrido*

*Recurso extraordinário conhecido pela letra “c” do artigo 102 da Constituição, mas não provido.”*

Em idêntico sentido devemos mencionar as seguintes decisões da nossa Corte Suprema: RE 191030, relator Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, 05.12.97; RE 189741, relator Ministro CARLOS VELLOSO, 25.11.97; RE 199801, relator Ministro MARCO AURÉLIO, 17.04.98, SS-AGR 1817-PE (*Agravo Regimental na Suspensão de Segurança*), relator Ministro CARLOS VELLOSO, 01.03.01. Observe-se que no citado julgamento do RE 199801, o relator Ministro MARCO AURÉLIO, fazendo ressalva da sua convicção pessoal em sentido contrário e reproduzindo integralmente o seu voto divergente proferido no RE 178.236-6, “*visando à eficácia da unidade do direito*”, e em atendimento à posição da maioria dos membros do Tribunal, negou acolhimento ao recurso. Com isso demonstra-se que, efetivamente, a posição jurisprudencial do STF estava consolidada no entendimento de que notários e registradores deveriam ser entendidos como *servidores públicos*, ao menos, como veremos a seguir, até dias mais recentes.

simultaneamente as duas funções, percebendo “*as vantagens do seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo*”.

As opiniões se dividiram. No entanto, para o que de momento nos interessa, podemos dizer, em síntese, que os posicionamentos registrados pelos íncritos julgadores se apresentaram:

a) em colidência com o teor da ementa do julgamento proferido no Recurso Extraordinário de nº 178.236, no sentido de que notários e registradores “*não são investidos em cargos públicos, mas sim exercem em atividade em caráter privado, por delegação do Poder Público*”<sup>41</sup>. Seriam na verdade *servidores públicos* “*lato sensu*”, a eles não se aplicando a regra do art. 38 da Constituição Federal por ser esta dirigida apenas aos servidores públicos em sentido estrito;

b) em colidência com o teor da ementa do julgamento proferido no Recurso Extraordinário de nº 178.236, ao partir do suposto de que notários e registradores não são *servidores públicos*. Por isso entende que o art. 38 da Constituição a eles não poderia ser aplicado<sup>42</sup>;

c) em adequação lógica com o teor da ementa do julgamento proferido no Recurso Extraordinário de nº 178.236, ressaltando que notários e registradores são servidores “*lato sensu*”, mas sujeitos à incidência do art. 38 da Constituição<sup>43</sup>;

d) em estrita correspondência com o teor da ementa do julgamento proferido no Recurso Extraordinário de nº 178.236, ressaltando que notários e registradores ocupam cargos

---

<sup>41</sup> Esta foi a posição sustentada pelo relator Ministro SIDNEY SANCHES, que, quando da votação do RE 178.236, não havia apresentado voto divergente ao do Relator. Foi, com a mesma argumentação, neste julgamento, acompanhado pelo Ministro NELSON JOBIM.

<sup>42</sup> Desse modo se posicionou o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em estrita consonância com o seu posicionamento minoritário assumido quando da votação do RE 178.236.

<sup>43</sup> Este posicionamento foi assumido pelo Ministro MAURÍCIO CORREIA, a nosso ver, em razões de decidir que apresentam nuances um pouco diferenciadas da expressa quando da votação do RE 178.236. Foi acompanhado em sua conclusão pelos Ministros NERI DA SILVEIRA e CARLOS VELLOSO.

públicos e, portanto, são servidores públicos. A eles se aplicaria o art. 38 da Constituição<sup>44</sup>.

É importante observar que, em sua decisão final, firmou o STF o entendimento de que o art. 38, III, da Constituição Federal deveria ser aplicado aos notários e registradores, eliminando-se, portanto, apenas neste específico aspecto, a vigência do mandamento legal que determinava o afastamento obrigatório destes agentes de suas funções quando porventura fossem exercer mandato de Vereador. A liminar foi deferida parcialmente. Com isso, novamente, reforçou-se o entendimento de que as regras constitucionais firmadas para a regência de servidores públicos, a exemplo da aposentadoria compulsória a notários e registradores, também a eles deverão ser aplicadas<sup>45</sup>.

Mais recentemente, todavia, começaram a surgir indicadores mais efetivos de que a tese originalmente sustentada de forma paradigmática, por maioria de votos, no Recurso Extraordinário de nº 178.236-6-RJ, começava a ser abandonada.

Interessante discussão, profundamente reveladora do questionamento pelo qual passava a tese até então majoritariamente aceita pela Suprema Corte, ocorreu no julgamento da ADI nº 2.415-9 (*medida cautelar-13.12.2001*) requerida pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR. Tinha esta ação o objetivo de ver declarado inconstitucional provimento do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo que reorganizava as delegações de registro e notas. Sendo relator o Ministro Ilmar Galvão, foi esta a ementa do julgado:

---

<sup>44</sup> É a posição sustentada pelo Ministro OCTAVIO GALLOTTI.

<sup>45</sup> Deve ser observado que esta posição foi tomada apesar da advertência do relator de que, durante a pendência de julgamento, a redação do art. 38 da Constituição Federal havia sido alterada pela Emenda Constitucional nº 19/98. A redação original estabelecia que as disposições do artigo diziam respeito ao "*servidor público em exercício de mandato eletivo*". Com a nova redação passou a afirmar o texto da nossa Lei Maior que estas disposições seriam aplicáveis "*ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo*". Indagou então o relator se seria possível admitir-se que notários e registradores fossem enquadrados como *servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional*. A manutenção do resultado nos leva a supor que sim, ao menos na opinião da maioria dos Ministros que participaram do julgamento.

*EMENTA: "AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDAS CAUTELARES. PROVIMENTO Nº 747/2000, DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO PROVIMENTO Nº 750/2001. REORGANIZAÇÃO DAS DELEGAÇÕES DE REGISTRO E DE NOTAS DO INTERIOR DO ESTADO. ATOS NORMATIVOS ABSTRATOS E GENÉRICOS. CABIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. RECONHECIMENTO. ORGANIZAÇÃO DO SERVIÇO NOTARIAL E DE REGISTRO. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS. ART. 96, I, B, DA CF. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.*

- 1. Evidenciada a presença de comandos que dispõem genericamente e para o futuro sobre todas as serventias de notas e registros do interior paulista, possui o Provimento impugnado a característica de ato normativo passível de exame no controle concentrado de constitucionalidade;*
- 2. A legitimidade ativa da ANOREG – associação cujo enquadramento na hipótese prevista do art. 103, IX, 2ª parte da CF já foi confirmado por esse Tribunal – não pode ser afastada por mera manifestação em sentido contrário promovida por seccional de outra entidade similar.*
- 3. Não se tratando da criação de novos cargos públicos, possuem os Tribunais de Justiça estaduais competência para delegar, acumular e desmembrar serviços auxiliares dos juízos, ainda que prestado por particulares, como os desempenhados pelas serventias extrajudiciais.*
- 4. Medida cautelar indeferida, por maioria, pela ausência de conveniência na suspensão dos Provimentos impugnados e de plausibilidade dos fundamentos da inicial." (grifo nosso)*

Afirmou-se, então, a nosso ver, em posição rigorosamente divergente da expressa no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 178.236-6-RJ, que *notários e registradores não ocupam cargos públicos*.

Aliás, é expressiva a manifestação do Ministro Relator, em seu voto, quando afirma:

*“É que os sujeitos titulados por delegação para o desempenho dos ‘serviços’ (rectius, funções) notariais e de registro, embora exerçam atividade pública, conservam a qualidade de particulares, visto que a exercem em caráter privado, conforme expressamente previsto no ‘caput’ do art. 236 da CF. Não obstante a ementa do RE 178.236, acima transcrita, mencione tais titulares como “ocupantes de cargo público criado por lei”, é fora de dúvida que quis referir a condição de exercentes de cargo público, condição que foi considerada bastante para tê-los por equiparados a ocupantes de cargo público, para efeito de aposentadoria compulsória, visto ser manifesto que não ocupa cargo público quem exerce serviço público em caráter privado, sendo fora de dúvida que, por isso mesmo, não podem ser agrupados em categorias ou em carreira”. (grifos nossos) <sup>46</sup>*

<sup>46</sup> Merece ser analisado o debate verificado quando do julgamento da matéria, na medida em que expressa o questionamento da posição até então solidamente sustentada pela maioria. Destacam-se apenas as seguintes intervenções:

*“O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Então, o problema, é saber se o serviço deve ser criado por lei ou não, porque não há cargo público, principalmente agora que se estabeleceu, até com relação à aposentadoria, tratar-se de cargo efetivo”.*

(...)

*“O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (Presidente e Relator) – Não estou irredutível. Só não me convenço de que seja cargo público.*

*O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA- Mas isso é uma espécie de unanimidade; há um consenso quanto a não ser cargo público”*

(...)

*“O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Ficamos no problema da aposentadoria aos setenta anos, onde não havia necessidade de definir se era cargo público; bastava dizer que era um servidor público em sentido amplo. Tanto que a Constituição não teria alterado isso, mas apenas o problema da*

Com o advento da alteração do texto constitucional introduzida pela Emenda nº 20/98, a discussão da matéria teve de ser retomada pela Corte Suprema. Na sua redação original, afirmava o texto do art. 40, II, da nossa Lei Maior, que “o servidor” será aposentado “compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço”. Com a alteração realizada pelo poder constituinte derivado, este artigo passou a não mais se referir genericamente ao “servidor”, mas “aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações...”<sup>47</sup>.

---

aposentadoria, porque se tratava de servidor de cargo efetivo, o que significava, então, serem servidores de outros cargos, funções e até de outras unidades.”

(...)

(...) “Esclareço, entretanto, que a matéria está a merecer um posicionamento definitivo da Corte, precisamente sobre a natureza desses serviços ou funções: segundo uns, serviços; segundo outros, são apenas funções notariais ou de registro-, ou seja, seriam simples atividades públicas, na expressão da Constituição: serviços desempenhados por forma privada. (...) Prefiro seguir orientação de índole prudencial, suspendendo a norma, até que o Tribunal adote posição sobre esse problema dos notários e registradores, quanto à sua situação jurídica e à natureza de seu serviço.” (grifos nossos)

<sup>47</sup> O texto original da Constituição era o seguinte:

“Art. 40. O servidor será aposentado:

(...)

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço; (...).”

Com o advento da Emenda Constitucional nº 20, acima mencionada, o texto passou a ser o seguinte:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado o regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do §3º:

I- (...)

II - compulsoriamente, aos 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; (...).”

Atualmente, a redação em vigor é outra, por força da Emenda Constitucional nº 41/2003. É este o atual texto:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§3º e 17:

I- (...)

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; (...).”

Obviamente, pelo novo texto constitucional, somente os servidores titulares de *cargos públicos efetivos* poderiam ser submetidos à aposentadoria compulsória. A discussão acerca da qualificação jurídica de notários e registradores voltou, então, a ser apreciada pela mais alta Corte jurisdicional do nosso país<sup>48</sup>.

Novas manifestações do Pretório Excelso foram firmadas, agora no entendimento de que a aposentadoria compulsória não poderia mais incidir sobre notários e registradores. Reconhecia-se que, por não serem tais agentes públicos *ocupantes de cargos públicos efetivos*, não poderiam estar submetidos à nova determinação constitucional. Com isso, naturalmente, não se eliminava totalmente a tese de que pertenciam notários e registradores à categoria de *servidores públicos*, mas se consolidava a jurisprudência de que titulares de cargos públicos não são.

Esta foi a decisão tomada quando da apreciação da medida cautelar na ADIN nº 2602, também requerida pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR, em que foi relator o Ministro MOREIRA ALVES. Decidida em 03.04.03, firmou o seguinte entendimento:

*“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO Nº 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS*

*- Pela redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98 ao artigo 40 e seu parágrafo 1º, e inciso II, da Carta Magna, a aposentadoria compulsória aos setenta anos só se aplica aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, tendo, sem dúvida, relevância jurídica a arguição de inconstitucionalidade do ato normativo em causa que é posterior a essa Emenda Constitucional sob*

---

<sup>48</sup>. Após o advento da Emenda Constitucional nº 20, em 15 de dezembro de 1998, em um primeiro momento, ainda manteve o STF, inercialmente, o entendimento anterior. A respeito, v. a decisão proferida no SS-AGR 1817/PE (*Agravo Regimental na Suspensão de Segurança*), em que foi relator Ministro CARLOS VELLOSO, em 01.03.01, ou seja, após o início da vigência daquela emenda constitucional.

*o fundamento de que os notários e magistrados, ainda que considerados servidores públicos em sentido amplo, não são, por exercer suas atividades em caráter privado por delegação do Poder Público, titulares de cargos efetivos acima referidos.*”

- Ocorrência quer do ‘periculum in mora’, quer da conveniência da Administração Pública, para concessão da liminar requerida.

- Liminar deferida para suspender ‘ex nunc’, a eficácia do provimento nº 055/2001 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais até a decisão final desta ação direta”. (grifo nosso)

A mudança de posicionamento da Corte Suprema, porém, acabou sendo mais profunda do que se poderia imaginar. Ao apreciar, em 11 de novembro de 2004, o julgamento do mérito desta ADIN nº 2602, o STF alterou radicalmente, a nosso ver, o rumo da jurisprudência. Sendo relator originário o Ministro JOAQUIM BARBOSA, mas relator do Acórdão o Ministro EROS GRAU, manteve-se o entendimento de que não deveriam ser notários e registradores alcançados pela compulsoriedade imposta pelo art. 40, II, da Constituição Federal. Só que agora, como premissa de decisão, se avançou em campo até então não admitido, em clara colidência com a decisão paradigmática anteriormente tomada quando do julgamento do RE nº 178.236. Decidiu-se, consolidando a mudança da posição anterior já revelada nos julgados acima citados, que estes agentes públicos não só não são titulares de cargo público efetivo, como tampouco ocupam qualquer outra forma de cargo público. Mais ainda: em importante mudança de posicionamento, afirmou-se literalmente que notários e registradores “*não são servidores públicos*”.

É esta a decisão:

*“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N.055/2001 DO CORRÊGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NOTÁRIOS E REGISTRADORES.*



*REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS.  
INAPLICABILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98.  
EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR  
DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA  
APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS.  
INCONSTITUCIONALIDADE.*

*1. O artigo 40, §1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios --- incluídas as autarquias e fundações.*

*2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público --- serviço público não-privativo.*

*3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado art. 40 da CF/88 - aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.*

*4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente”.*

A leitura atenta da íntegra do julgado, todavia, revela-nos que alguns aspectos que permeiam esta decisão devem ser avaliados e recebidos com cautela. Conquanto exista, de fato, uma ampla e real convicção dos membros da Corte Suprema de que a aposentadoria compulsória não pode mais ser aplicada a notários e registradores depois da Emenda Constitucional nº 20/98<sup>49</sup>, e de que

<sup>49</sup> Diverge aqui o Ministro JOAQUIM BARBOSA, para quem o princípio republicano impõe a necessidade de aposentadoria compulsória para notários e registradores. Para ele “é insustentável a tese, veiculada na ação, de que alguém possa deter uma parcela da autoridade pública, por mínima que seja, em caráter eterno, isto é, até que lhe sobrevenha a morte”. Todavia, observe-se que, em julgados posteriores, a posição de que após a Emenda Constitucional 20/98 não se poderá admitir a aposentadoria compulsória desta particular espécie de agentes públicos vem sendo mantida. V. a respeito, o julgamento proferido em

não são estes agentes titulares de cargos públicos, a discussão quanto a serem ou não servidores públicos ainda parece existir. É bem verdade que, nos dias atuais, parecem ser poucos os que assumem a tese de que seriam servidores *em sentido estrito*. Mas ainda tem certa acolhida a visão de que seriam "*servidores públicos em sentido amplo*"<sup>50</sup>.

Todas estas controvérsias e oscilações na nossa jurisprudência se prendem a algumas razões que não podem ser ignoradas.

A primeira delas reside na grande incerteza doutrinária e científica que existe em relação aos conceitos e às classificações de *serviço público, função pública, agente, funcionário e servidor público*. A divergência é imensa e acaba expressando-se na própria formulação legislativa, sempre que estes termos precisam ser adotados pelo legislador. E uma vez incorporados estes conceitos à redação das normas legais, a confusão se agrava ainda mais, pela ação não uniforme e divergente dos exegetas que se debruçam sobre o novo texto legislativo. Alimenta-se o círculo vicioso, e a incompreensão amplia o seu universo de existência. *Omnis scientia a significatione verborum incipit*.

A outra se prende ao fato de que a Constituição Federal de 1988 trouxe profundas mudanças na disciplina do exercício da

---

Questão de Ordem em Ação Cautelar (AC-QO) nº 218/RE, em que foi relator o Ministro CARLOS VELLOSO (13.04.04).

<sup>50</sup> Excelente síntese desse julgado é apresentada por NICOLAU BALBINO DOS SANTOS na sua monografia *Registro de Imóveis* (Saraiva, 11ª. Ed., 2006, p.24):

*"Para o relator, que reafirmou o voto proferido na sessão plenária de 11 de novembro de 2004, a vitaliciedade da função exercida pelos oficiais de registro e tabeliães não se presume, pois poderia ser estabelecida pela Constituição. 'Nenhuma função pode ser exercida eternamente', ressaltou o ministro, que defende a submissão desses servidores à aposentadoria compulsória.*

*A divergência foi iniciada com o voto do Ministro Eros Grau, ainda em novembro de 2004, que julgou procedente a ação. Na ocasião, o julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista do Ministro Carlos Ayres Britto. Ao ler seu voto-*vista*, hoje, Ayres Britto decidiu acompanhar a divergência. Ele argumentou que a formação de qualquer juízo sobre a matéria passa pela análise jurídica da atividade exercida pelos notários e registradores. Nesse sentido, Britto afirmou que a Constituição Federal (art. 236) deixa claro que os serviços são exercidos em caráter privado por delegação do poder público.*

*"Os serviços notariais e de registro são típicas atividades estatais, mas não públicas propriamente", reforçou Ayres Britto. O Ministro conclui que se as atividades não se caracterizam como serviço público e não se traduzem em cargo público, porque os notários exercem apenas função pública, eles não estaria sujeitos à aposentadoria aos 70 anos".*

*Já a ministra Ellen Gracie também sustentou, a favor da divergência, que a Emenda Constitucional n. 20/98 ao alterar o art. 40 da Constituição Federal limitou a aposentadoria compulsória aos servidores titulares de cargos efetivos.*

atividade notarial e registral, realizando um verdadeiro divisor de águas na matéria<sup>51</sup>. Antes do advento da nossa vigente Lei Maior, apesar da polêmica que já se impunha, era forte a corrente de opinião que entendia serem *funcionários públicos* estes agentes<sup>52</sup>. Entendia-se até que seriam "*funcionários públicos vitalícios*"<sup>53</sup>.

É natural, assim, que o texto do art. 236 da nossa vigente Constituição Federal, no período que se segue à sua entrada em vigor, trouxesse dúvidas, perplexidades, apego incontido às concepções preexistentes, e desejo de transformação, a partir da ótica de análise de cada exegeta<sup>54</sup>. A interpretação do direito

<sup>51</sup> A expressão é de PAULO ROBERTO CARVALHO RÊGO, in *Registros Públicos e Notas*, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 80.

<sup>52</sup> Antes da Constituição de 1988, a doutrina pacificamente admitia a utilização da expressão *funcionários públicos* para identificar todos os servidores que ocupavam cargos públicos. Aliás, esta expressão era consagrada no texto da Constituição de 1967. A seção VIII, do Capítulo VIII, do Título I, daquela Carta, era denominada "*Dos Funcionários Públicos*". Com o advento da atual Lei Maior a expressão passou a não ter mais status constitucional, sendo hoje a Seção II, do Capítulo VII, do Título III, denominada "*Dos Servidores Públicos*" (de acordo com a EC 18/98). Isso tem levado muitos autores a não mais adotarem a expressão *funcionário público*, com o objetivo de identificar particular espécie do gênero *servidores públicos*, como outrora se fazia. Contudo, muitas leis estaduais e municipais ainda hoje utilizam a expressão. Como ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO "*na vigência da Constituição anterior, utilizava-se a expressão funcionário público para designar o atual servidor estatutário. A expressão mantém-se em algumas leis mais antigas, como é o caso da Lei Paulista nº 10.261, de 28-10-68, que instituiu o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, ainda em vigor, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 942, de 6-6-2003. Essa categoria só existia na Administração Direta (incluindo Executivo, Judiciário e Legislativo), pois apenas ele ocupava cargo público criado por lei e se submetia ao Estatuto*" (op. cit., p. 503 e 504).

Nos dias atuais, a expressão *funcionário público* ainda continua sendo utilizada pela legislação penal. O Capítulo I, do Título XI, o nosso vigente Código Penal de 1940 é denominado "*Dos Crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em Geral*". Nele o art. 327, no seu *caput*, define *funcionário público* "*para os efeitos penais*" como sendo "*quem, embora transitoriamente, ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública*". E no seu §1º acrescenta que "*equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública*". Em geral, têm afirmado os penalistas que o conceito de *funcionário público* no Direito Penal deve equivaler ao de *agente público* no Direito Administrativo (v. a respeito, Comentários ao Código Penal de Damásio E. de Jesus, Saraiva, nas suas observações ao art. 327).

<sup>53</sup> V. nota 22 *supra*.

<sup>54</sup> Observe-se, porém, que seria absurdo afirmar que o art. 236 da Constituição Federal teria produzido uma concepção teórica *sui generis*, sem qualquer referência doutrinária ou científica anterior. A título de curiosidade veja-se o exposto, muitas décadas antes da entrada em vigor da nossa Carta Constitucional, no *Diccionario de Derecho Provado, Directores IGNACIO DE CASSO Y ROMERO e D. FRANCISCO CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO, Editorial Labor, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro, México, Montevideo, 1950, p. 2761 e 2762*. Embora utilizando a expressão *funcionário público* em sentido amplíssimo, ou seja, no sentido em que utilizamos a expressão *agente público*, afirmou-se naquela obra: "*enlazando con esta distinción se considera que el Notario es funcionario público, pero no del Estado, aunque a éste no le sea indiferente el modo y las condiciones de prestarse el servicio. En opinión de Zanobini, trátase de un caso de ejercicio privado de funciones públicas. Esta calificación influye en la eficacia social del Notariado. Siempre se ha visto en el Notario, dice Nuñez Moreno, un técnico, un profesional, y no un representante del Estado, y menos aún un funcionario o un empleado del mismo.*"

não é neutra, como supõem os adeptos de HANS KELSEN e do corte epistemológico que propõe este ilustre jusfilósofo para o estudo da ciência do Direito. Tanto nos estudos teórico-especulativos próprios do mundo científico, como nas interpretações autênticas realizadas pelos órgãos aplicadores do direito, a visão de mundo, a ideologia, a dimensão cultural da compreensão da realidade se faz presente no ato de conhecimento da realidade normativa. Não existe *pureza* ou *neutralidade* no conhecimento ou na aplicação do fenômeno jurídico. Por isso é natural que, quase sempre, estudiosos e juízes, quando apegados ao velho, interpretem o novo com os olhos amparados por visões que possuíam do antigo. Como também é natural que, de hábito, a manutenção do velho seja interpretada como uma grande transformação por aqueles que, desejosos da mudança, se forçam a ver realidade substantivamente idêntica com olhos voltados para o futuro.

Somente isso, a nosso ver, justifica a posição arraigada de que notários e registradores devam ser vistos como uma espécie de *servidores públicos*, após o advento da nossa atual Carta Constitucional, seja a expressão utilizada em sentido amplo ou estrito. Ao contrário do sustentado por alguns, servidores públicos não são. *Omnia mutantur*. Somente o apego a uma arraigada visão antiga, ou uma inconsciente hostilidade ao novo, pode explicar, com a devida vênia, este ponto de vista<sup>55</sup>.

A Constituição é clara. Afirma que as atividades de notários e registradores “*são exercidas em caráter privado, por delegação do poder público*”. Como já vimos, o Estado por ser apenas titular de atividades públicas não poderia delegar a alguém atividade privada. É evidente, então, que a atividade delegada é pública. E o que então é de caráter privado? A *pessoa* a quem se realiza a delegação. O que se quer é que apenas pessoas privadas e não *entes públicos* prestem essa

---

*Junto a esta doctrina que responde al desarrollo actual del Derecho administrativo, pueden indicarse dos posiciones extremas: la que excluye toda consideración de funcionario, por atender solo al punto de vista técnico, y la que lo trata meramente como un agente del Poder central. Así Mengual (ob. Cit., infra, t. II, p. 39) define: “Funcionarios públicos que por delegación del Poder del Estado y con plena autoridad en sus funciones, aplican científicamente el Derecho.” (grifos nossos)*

<sup>55</sup> É magnífica a observação feita pelo Ministro MARCO AURÉLIO ao contestar, com veemência, a atribuição da condição de servidores públicos a notários e a registradores quando do seu voto, no já referido RE 178.236-6. Afirmou ele, naquele momento com a posição minoritária do STF “*somente o misonéismo, ou seja, o apego ao anteriormente estabelecido, sem perquirir-se as razões do novo enfoque, da realidade constitucional, é capaz de levar a conclusão de que nada mudou, persistindo, em que pese a referência ao caráter privado contida no art. 236, a delegação indispensável a ter-se o exercício sob tal modalidade, o passado, ou seja, os parâmetros próprios à delegação*”.

particular espécie de função administrativa. O que se quer evitar não é a titularidade do Estado no exercício desta função (pois quem não é titular de uma atividade não pode *delegá-la*), mas a sua *execução*, a sua *prestação*, por órgãos públicos. O que se quer garantir é que não seja *estatizada* a prestação desta atividade, ou seja, que apenas *pessoas privadas* possam, fazendo às vezes do Estado, prestá-la. Nem mais nem menos do que isso.

Avancemos então. É óbvio que os servidores públicos, ao serem considerados em si mesmos, *per se*, na sua existência, são *pessoas físicas*, e como pessoas do mundo, *pessoas privadas*. Entretanto quando exercem função pública não são nem podem ser juridicamente considerados, em si e por si, como *pessoas*. Eles são *partes* de uma pessoa. Integram ou constituem órgãos de uma pessoa jurídica estatal. Na qualidade de servidores públicos, na sua atuação funcional, naturalmente, não têm personalidade jurídica. Quando agem exercendo a função pública, não vinculam os direitos e deveres que produzem a si próprios. São parte e instrumento de uma pessoa maior, de um ente estatal que tem personalidade jurídica. É a ele que, com suas ações, vinculam novos direitos e novos deveres.

Logo, dúvidas não podem existir de que servidor público não age *sob delegação* do Estado. Ele *é* o Estado. É sua parte integrante. Integra seu *ser*. Quem pode receber uma delegação do Estado, para fazer suas vezes ou realizar em seu nome atribuições legais, só pode ser alguém que *em si*, e *naquela função delegada*, *não é Estado*, *não é parte integrante dele*. Quem recebe função delegada não pode ser quem delega. Servidor público não exerce, portanto, função *delegada* pelo Estado. Caso assim fosse, estaríamos diante de uma estranha figura em que alguém *delega* atribuições a si mesmo, ou a uma parte de si mesmo, em semelhante situação ao insano que viesse a afirmar que delegou à sua mão a função de apedrejar alguém. Por óbvio, delegar a si mesmo será sempre uma *contraditio in adjectis*. E é o que ocorreria se, diante do art. 236 da Constituição Federal, o Estado estivesse *delegando funções a servidores públicos*.

Aliás, devem ser lembradas as clarividentes palavras do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE quando do citado julgamento do RE

178.236, apresentou o seu bem elaborado voto. Sustentando, naquele momento, posição minoritária na Suprema Corte, verberou, embora utilizando a expressão *serviço público* em dimensão mais ampla do que aquela que aqui adotamos, ao se referir à função realizada por notários e registradores, que: "*Cuida-se sim de um serviço público, o que, porém, não resolve, por si só, o 'status' do seu agente; nem todo serviço público é executado por servidor público, e o exemplo típico é o do serviço público prestado por delegação do Estado, como está no art.236 da Constituição. Não se pode conceber que o Estado delegue a prestação de serviço público a quem é servidor público. O delegado, é elementar, exerce delegação em nome próprio; o servidor o faz em nome do Estado, 'presenta o Estado', por fazer honra à linguagem de Pontes de Miranda*" (grifo nosso).

Além disso, outras razões podem ser aduzidas na defesa da tese em que se afirma a total falta de identidade ontológica entre a categoria de notários e registradores e a categoria dos servidores públicos.

Primeiro: os servidores públicos recebem *vencimentos* ou *subsídios* pagos diretamente pelo Estado, ou seja, por meio de *receita* carreada aos *cofres públicos* (*receita pública*). Os notários ou registradores recebem sua remuneração dos *emolumentos* diretamente pagos pelos usuários da função que realizam. Seu pagamento não se dá com *dinheiro público* ou por meio de *receita pública*. Sua remuneração se dá, ao revés, em situação muito semelhante ao que acontece com os *concessionários e permissionários de serviço públicos*. Obtém sua receita das taxas pagas *pelos usuários da atividade e não recebem do Poder Público qualquer tipo de pagamento direto pelos serviços executados*. Incorporam a receita arrecadada junto aos usuários das suas atividades *ao seu patrimônio particular*. Por isso, não podem ser vistos como servidores estatais ou públicos.

Segundo: os titulares das serventias de notas ou de registros, na conformidade do que admite o direito positivo brasileiro, podem contratar empregados, por sua responsabilidade e livre critério, sob o regime da legislação trabalhista, pagando-lhes, também por sua conta e diretamente, remuneração livremente

ajustada<sup>56</sup>. Estes empregados, assim, nada recebem dos cofres públicos, percebendo salários daquele que os contrata. Jamais poderá um servidor público agir assim, em face da nossa Constituição, e dentro dos limites impostos pelo nosso ordenamento jurídico<sup>57</sup>. Ensina, a respeito, JOSÉ AFONSO DA SILVA em entendimento do qual compartilhamos *in totum*: “*Como pode ser considerado servidor público alguém que tem tais faculdades? Servidor público não contrata empregado, não escolhe substituto, não tem poder para fixar remuneração de ninguém. Quando algum agente público firma alguma forma de contrato de trabalho, ele o faz em nome da entidade estatal a que está vinculado. Nunca tem competência para fixar ou ajustar a remuneração de quem eventualmente contrata em nome da entidade estatal, pois a remuneração é sempre prevista legalmente*”<sup>58</sup>.

Terceiro: as atividades de notários e registradores *são de exclusiva e integral responsabilidade do titular da serventia*. Todo o aspecto de gerenciamento administrativo e financeiro compete também a estes, com absoluta exclusividade, incluindo-se aqui as despesas de custeio e de investimento. Aos titulares das serventias cabe “*estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços*”<sup>59</sup>. Tal situação embora seja absolutamente incompatível com a atuação de *servidores públicos*, não deixa de ser em muito semelhante à que caracteriza a atuação de *concessionários e permissionários de serviços públicos*. Ou

<sup>56</sup> Diz o art. 20 da Lei nº 8.835/94: “*Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob regime da legislação do trabalho*”.

<sup>57</sup> É o que sabiamente observa o MINISTRO MARCO AURELIO no seu já citado voto proferido quando do julgamento do RE 178.236. Com propriedade afirma: “*os notários enquadrados no art. 236, em virtude de atuarem em caráter privado, não integram sequer a estrutura do Estado. Atuam em recinto particular, contando com o serviço de pessoas que também não tem a qualidade de servidor e que auferem salário em face de relação jurídica que os aproxima, regida não pela lei disciplinadora do regime jurídico único, mas pela Consolidação das Leis do Trabalho. Sim, os empregados do Cartório, do notário dele titular, tais como este, nada recebem dos cofres públicos, não passando pela cabeça de ninguém enquadrá-los, mesmo assim, como servidores e atribuir-lhes os direitos inerentes a esse 'status'...*”. Semelhante observação também é feita por SEPÚLVEDA PERTENCE ao afirmar igualmente em seu voto proferido naquele julgamento que “*a maioria se entregou ao exercício do que se tem chamado de interpretação retrospectiva, recusando-se a ver que a Constituição mudou*”.

<sup>58</sup> *Op. cit.*, p. 878.

<sup>59</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. cit.. É o que determina o art. 21 da Lei nº 8.935/94 ao dizer: “*O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é de responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços*”.

seja: muito próxima à daqueles que indubitavelmente exercem delegação de função outorgada pelo Poder Público.

Quarto: notários e registradores não estão subordinados a qualquer relação *hierárquica* em relação ao Poder Público, mas apenas sujeitos à *fiscalização* do Poder Judiciário, nos termos estabelecidos pela lei (art. 236, §1º, da Constituição Federal). Como se sabe, os *servidores públicos*, em quaisquer das suas espécies<sup>60</sup>, estão submetidos ao *poder hierárquico*. *Poder hierárquico* “é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal”<sup>61</sup>. Esse poder, como habitualmente se reconhece em doutrina, envolve a prerrogativa do superior hierárquico em relação ao subordinado de *comandar*, de *fiscalizar*, de *rever atos*, de *punir*, de *dirimir controvérsias de competência*, de *delegar e avocar competências*, sempre de modo *pressuposto, contínuo e permanente* sobre toda a *atividade administrativa dos subordinados*<sup>62</sup>. Não é o que acontece com notários e registradores. Eles são apenas submetidos à mera *fiscalização* do Poder Judiciário (uma pequena parcela das atribuições que o superior hierárquico mantém sobre o subordinado) e nos *termos expressamente estabelecidos na lei*, ou seja, de modo *não pressuposto, não*

<sup>60</sup> Seguindo, mais uma vez, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, podemos dizer que “a designação ‘servidor público’, já hoje, tem algum alcance mais restrito do que dantes. Não mais é adequada para abarcar também os empregados das entidades da Administração indireta de Direito Privado, porquanto, sob a rubrica constitucional ‘Dos Servidores Públicos’ (que substituiu, desde o ‘Emendão’, Emenda Constitucional 19, de 4.6.98, a rubrica ‘Dos Servidores Públicos Civis’), é visível que só estão considerados os integrantes de cargos ou empregos nas pessoas jurídicas de Direito Público. Assim, na atualidade, o nomen juris ‘servidor público’ é uma espécie do gênero ‘servidores estatais’ (...). Servidor Público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Em suma: são os que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter eventual sob vínculo de dependência”. Para o professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo são espécies de servidores públicos: “os servidores titulares de cargos públicos na Administração Direta, nas autarquias e nas fundações de Direito Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como no Poder Judiciário e no Poder Legislativo”, e os servidores empregados nestas mesmas pessoas (vínculo regido pela CLT). Neste último caso estão incluídos os empregados contratados que exercem funções subalternas, os remanescentes do regime anterior que foram estabilizados pelo art. 19 das Disposições Constitucionais Transitórias, e os contratados para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, na conformidade do art. 37, IX, da Constituição Federal (*Curso*, p. 239 e 240).

<sup>61</sup> HELY LOPES MEIRELLES, *op. cit.*, p. 121.

<sup>62</sup> V. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Curso*, p. 146 e 147.



*contínuo e não permanente sobre toda atividade por eles exercida, mas limitada à verificação de se esta “está sendo corretamente exercida no interesse coletivo”*<sup>63</sup>. Note-se que *“também os concessionários e permissionários de serviços públicos são submetidos à fiscalização do Poder Público”, e não seriam por isso considerados servidores públicos, “mesmo se fossem pessoas físicas”*<sup>64</sup>.

Observe-se, ademais, que em regra, os argumentos adotados por aqueles que sustentam pertencerem notários e registradores à categoria dos *servidores públicos* são difíceis de serem aceitos após uma reflexão mais aprofundada da matéria. Afirmam que pertenceriam a esta categoria porque exercem *“serviço público”*. Ora, nem todos os agentes públicos que prestam serviços públicos são necessariamente servidores públicos. O exemplo incontestado é obviamente o dos *concessionários e permissionários de serviço público*, que ninguém ousaria afirmar, em face do próprio art.175 da Constituição Federal, que pertençam a esta particular categoria de pessoas que exercem função pública.

Talvez, o único argumento que *prima facie* poderia ter alguma consistência, seria o de que, pela Constituição, *“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”*. De fato, o ingresso em cargo, emprego e função pública por meio de *concurso público* é uma característica constitucionalmente estabelecida para os servidores públicos (art. 37, II, da Constituição Federal). Há nisso, indubitavelmente, uma proximidade de situações<sup>65</sup>.

Contudo, essa proximidade em um aspecto secundário do seu regime jurídico não gera uma efetiva identidade das realidades em

---

<sup>63</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 877. A respeito, também se pronunciou em sentido semelhante o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, no voto vencido proferido no RE 178.236. Afirmou: *“o que o Estado exerce sobre seus servidores é poder disciplinar, e não fiscalização, que é atividade de inspeção de atividade alheia, praticada em nome próprio”*.

<sup>64</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. *cit.*

<sup>65</sup> Esse argumento foi utilizado pelo Ministro OCTAVIO GALLOTTI quando do julgamento do RE 178.236. Afirmou que: *“Público continua a ser o serviço exercido pelos titulares de cargos criados em lei, em número certo e com denominação própria, sujeitos à permanente fiscalização do Estado, diretamente remunerados à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados em lei) e, sobretudo, investidos por classificação em concurso público”*.

comparação. Os servidores públicos prestam concursos públicos para ocuparem cargos, exercerem empregos ou realizarem funções públicas que, nos termos do próprio art. 37 da nossa Lei Maior, existem no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta. E as serventias ou cartórios titularizados por notários e registradores não são, nem nunca foram, considerados órgãos da Administração Direta, nem pessoas da Administração Indireta<sup>66</sup>. Ademais, o concurso público não é um procedimento aplicável apenas para a escolha de *servidores públicos* no sentido próprio da expressão. Por ele, como observa JOSÉ AFONSO DA SILVA, também são escolhidos *tradutores, intérpretes juramentados, leiloeiros oficiais e até despachantes*<sup>67</sup>. Na verdade, o concurso público nada mais é do que um procedimento administrativo que visa permitir a escolha, com base em critérios isonômicos, da pessoa que maior capacitação demonstra para o exercício da função. Situação também semelhante acontece com os *concessionários e permissionários de serviços públicos* que, por imposição constitucional (*art. 175, caput, da C.F.*), precisam ser necessariamente escolhidos por *licitação*. Lembremos que as licitações nada mais são do que procedimentos administrativos destinados a permitir a escolha, com base em critérios isonômicos, da pessoa que apresente a proposta mais vantajosa para a celebração de um futuro ato jurídico. *Concurso público e licitação*, portanto, são procedimentos administrativos realizados para a escolha, por critérios isonômicos, daquele que melhor poderá servir ao interesse público. Mais uma vez a analogia se coloca entre notários e registradores e as pessoas que titularizam concessões e permissões de serviços públicos.

Por isso, situamo-nos entre aqueles que entendem que notários e registradores *não são servidores públicos*. Seguindo estritamente o disposto no art. 236 da nossa Carta Constitucional, entendemos que *são pessoas privadas que, por delegação, exercem função pública*. Pertencem à particular categoria de agentes públicos, denominada por muitos administrativistas de *particulares em colaboração com a administração*. Nessa categoria encontramos os particulares que exercem atividades públicas: por *requisição* (por exemplo, jurados do Tribunal do Júri, recrutados para o serviço eleitoral obrigatório e membros das Mesas receptoras de votos

<sup>66</sup> O art. 4º do Decreto-Lei nº 200/67 define como Administração Direta "*os serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios*". E por Administração Indireta: "*a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) Fundações Públicas*".

<sup>67</sup> *Op. cit.*, p. 877.

em período eleitoral); *sponte própria* ou *gestores de negócios* (os que diante da falta da atuação estatal assumem voluntariamente o exercício da função pública para atender a necessidades públicas prementes); por serem *contratados por locação civil de serviços* (por exemplo, advogado contratado, por notória especialização, para a realização de parecer); e por *delegação de função pública*. Como sabemos, nesta última espécie estão os concessionários e permissionários de serviços públicos, e também os notários e os registradores.

Donde se explicar a natural proximidade, mas não identidade, de situações que existem entre, de um lado, concessionários e permissionários de serviços públicos, e de outro, notários e registradores. Proximidade, mas repita-se, não identidade, uma vez que mantêm relações jurídicas distintas com o Poder Público. Como observado anteriormente, além de outros aspectos diferenciadores, os primeiros exercem serviços públicos propriamente ditos. Já os segundos realizam apenas uma particular espécie de função administrativa<sup>68</sup>.

Concluimos, portanto, que notários e registradores não são servidores públicos. São *agentes públicos*, compreendidos na categoria de *particulares em colaboração com a Administração*, onde, em situações jurídicas distintas, convivem, lado a lado, com concessionários e permissionários de serviços públicos. Ao contrário destes, não exercem *serviço público*, mas apenas uma particular espécie de *função administrativa do Estado*.

---

<sup>68</sup> Além disso, outras diferenças poderão ser afirmadas *in casu*. Uma delas, por exemplo, se apresenta no fato de que concessionários e permissionários recebem sua delegação, a partir de uma *decisão discricionária da Administração* de que os serviços públicos que têm o dever de realizar deverão ser, por razões de conveniência e de oportunidade dos interesses públicos, prestados por particulares. Em princípio, se quisesse, poderia o Poder Público prestá-lo diretamente, ou por meio de uma pessoa da própria Administração Indireta, vedando sua prestação por pessoas privadas comuns. Por isso, a delegação nesses casos se faz por meio de ato administrativo (bilateral e não precário, no caso da concessão, unilateral e precário, a nosso ver, no caso da permissão). Já no caso de notários e registradores, não existe qualquer outorga de discricionariedade ao Poder Público. A Constituição estabelece que a prestação necessariamente será por delegação. Assim, aqui não se pode falar propriamente em contrato. Ao revés, o que existe é a realização de um verdadeiro ato unilateral que, fundado diretamente na Constituição, estabelece uma forma atípica de investidura no exercício da função pública, em regime não precário.

## II. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA OUTORGA DA DELEGAÇÃO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

O tratamento constitucional da prestação dos serviços notariais e de registro tem motivado inúmeras polêmicas e dúvidas no âmbito da nossa doutrina e da nossa própria jurisprudência. Algumas destas questões guardam estrita pertinência com o debate da matéria que nos foi submetida a exame pelo Consulente.

Por essa razão, em tópicos individualizados e distintos, passaremos a analisá-las.

### II. 1. A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE AS ATIVIDADES NOTARIAIS E REGISTRAS

Poucos são os que se dedicaram, ao menos com adequada profundidade, ao exame do problema da competência para legislar sobre as atividades notariais e de registrais. A matéria é, a nosso ver, tormentosa e ainda hoje se encontra longe de ter as suas bases definitivamente assentadas pela doutrina e pela jurisprudência pátria. Muitos ainda não se aperceberam das complexidades e das tormentosas dificuldades que circundam esta questão.

No âmbito de uma Federação, a autonomia dos entes que a integram pressupõe a repartição das suas competências administrativas e legislativas pela Constituição Federal. Segundo entendimento pacífico dos constitucionalistas, na Carta de 1988, o princípio geral que orienta a repartição de competências firmada entre os entes federativos é o da "*predominância do interesse*". Desse modo, de acordo com o que restou estabelecido na nossa lei maior em vigor,

competirá à União as matérias em que exista a *predominância do "interesse geral"*. Aos Estados-membros, por sua vez, competirão as matérias em que se verifique o *predominante "interesse regional"*. E, como não poderia deixar de ser, aos Municípios, restou atribuído o poder para atuar nos assuntos em que exista a *predominância do "interesse local"*.

No que tange especificamente à *competência para legislar*, ao contrário do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos alienígenas, a nossa Constituição veio a determinar que toda a matéria de competência da União, em regra, é suscetível de regulamentação por meio de *lei* (art.48)<sup>69</sup>. A partir dessa premissa, veio a estabelecer, no seu artigo 22, as matérias que integram a sua *competência legislativa privativa*<sup>70</sup>. Já no artigo 24 estão firmadas as matérias que devem ser atribuídas à *competência concorrente* dos Estados, do Distrito Federal e da própria União.

Em relação aos Estados-membros, além da mencionada competência *concorrente* com a União (art. 24) e de outras especificadas pontualmente no texto constitucional<sup>71</sup>, afirmou-se para estes entes federativos competência "*remanescente*" ou "*residual*". Seguindo a tradição do direito constitucional norte-americano, reservou-se aos Estados "*as competências que não lhes sejam vedadas*" pelo texto constitucional (art. 25, §2º, da CF).

<sup>69</sup> Determina o art. 48 da Constituição Federal que "*Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União...*" (grifo nosso).

<sup>70</sup> Observe-se que embora inseridas no artigo 22, as competências legislativas arroladas nos seus incisos XXI e XXVII devem ser consideradas como *concorrentes*, por se prever que a competência da União deve ser limitada a edição de normas legislativas "*gerais*". Esta questão é relevante para nós, como se verá a seguir, em decorrência da analogia que se estabelecerá entre o art. 22, XXVII (que firma competência legislativa concorrente para licitações e contratações da Administração, onde restam incluídas as concessões e as permissões de serviços públicos) e a situação da delegação outorgada a notários e a registradores.

Note-se ainda que a competência estabelecida no art. 22 é *privativa* e não *exclusiva*. Nas competências *privativas* é possível a delegação de atribuições a outros entes federativos. Nas *exclusivas* não. Assim sendo, o parágrafo único do art. 22 estabelece que, em relação às competências "*privativas*" que nele estão arroladas, "*lei complementar poderá autorizar Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo*".

<sup>71</sup> É o caso, v.g., da competência exclusiva para que procedam, por lei estadual, à "*criação, incorporação, fusão, e o desmembramento dos Municípios*" (art. 18, §4º, da C.F.).

Observe-se que esta regra geral de repartição de competências estaduais se aplica não apenas à *competência para legislar*, mas também às *outras competências* não atribuídas aos demais entes da Federação.

Já aos Municípios são atribuídas competências legislativas “*exclusivas*” (art. 30, I, da CF)<sup>72</sup> e “*suplementares*” (art. 30, II, da CF)<sup>73</sup>.

O Distrito Federal, por sua vez, como não poderia deixar de ser, acumula as competências legislativas reservadas aos Estados e aos Municípios (art. 32, §1º, da CF).

Impende, ao menos de passagem, salientar que, em boa doutrina, é comum estabelecer-se a diferença no âmbito da *competência concorrente* entre a *competência cumulativa e não cumulativa*. A *competência concorrente cumulativa* é aquela em que a competência é livremente exercida de forma concomitante pelos entes federativos, sem que um estabeleça limites a atuação do outro. Ao contrário, a *competência concorrente não cumulativa* é a que, a partir de uma repartição verticalizada, dentro de um mesmo campo material, a União estabelece princípios e diretrizes gerais a serem obedecidos pelos demais entes federativos no exercício de suas respectivas competências.

Como observa ALEXANDRE DE MORAES “a Constituição Brasileira adotou a *competência concorrente não-cumulativa ou vertical*, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e o Distrito Federal especificá-las, através de suas respectivas leis”<sup>74</sup>. Nessa perspectiva, no art. 24, o legislador constitucional, após estabelecer a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal, determinou que “no âmbito da *legislação concorrente*, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais” (art. 24, §1º, da CF). No exercício dessa competência, portanto, o legislador

<sup>72</sup> É competência *exclusiva* dos Municípios “*legislar sobre assuntos de interesse local*” (art. 30, I).

<sup>73</sup> É competência dos Municípios “*suplementar a legislação federal e estadual no que couber*” (art. 30, II). Bem ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA, a respeito, que “a Constituição não situou os Municípios na área de competência concorrente do art. 24, mas lhes outorgou competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, o que vale possibilitar-lhes disporem especialmente sobre as matérias ali arroladas e aquelas a respeito das quais se reconheceu à União apenas a normatividade geral” (Curso de Direito Constitucional Positivo, 29ª. Ed., Malheiros, 2007, p. 504).

<sup>74</sup> Direito Constitucional, 20ª. Ed, 2006, Atlas, p. 286.

ordinário federal ditará diretrizes e princípios (*normas gerais nacionais*) que deverão ser obedecidos por todos os entes da federação quando do exercício das suas respectivas competências legislativas específicas (*normas específicas de cada ente federativo*). No caso de inexistirem estas *normas gerais nacionais* (“*lei federal sobre normas gerais*”), os Estados “*exercerão competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades*” (art. 24, §3º, da C.F.). Mas no caso de sobrevir a edição de *norma geral nacional* pela União (“*superveniência de lei federal sobre normas gerais*”), será suspensa “*a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário*” (art. 24, §4º, da C.F.).

Nesse âmbito, é de todo pertinente a observação de JOSÉ AFONSO DA SILVA quando, ao analisar o tratamento que o art. 24 da nossa lei maior dá ao exercício das *competências concorrentes não cumulativas ou verticais*, pondera que “*tanto isso é uma técnica de repartição de competência federativa que os §§3º e 4º complementam sua normatividade, estabelecendo, em primeiro lugar, que, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, e, em segundo lugar, que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária. Note-se bem, o constituinte foi técnico: a lei federal superveniente não revoga a lei estadual nem a derroga no aspecto contraditório, esta apenas perde sua aplicabilidade, porque fica com sua eficácia suspensa. Quer dizer, também, sendo revogada a lei federal pura e simplesmente, a lei estadual recobra sua eficácia e passa outra vez a incidir”<sup>75</sup>. (grifo nosso)*

Feitas estas sintéticas ponderações sobre a repartição das competências legislativas no âmbito da nossa Federação, passemos a nos concentrar agora no tratamento da competência para legislar no âmbito das atividades realizadas por notários e registradores.

Conforme já observado anteriormente ao longo desta manifestação opinativa, o art. 236 da Constituição Federal, após afirmar no seu *caput* que “*os serviços notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público*”, determina no seu primeiro parágrafo que a “*lei regulará as atividades, a*

<sup>75</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 504.

*responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário” (art. 236, §1º, da C.F.). A seguir, em parágrafo subsequente, também determina que “a lei federal estabelecerá normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro” (art. 236, §2º, da C.F.).*

Apresenta-se então o questionamento: que entes da Federação têm competência para firmar estas leis referidas nos dois primeiros parágrafos do art. 236 da Constituição Federal? As leis neles mencionadas serão, nos dois casos, federais? E nos dois parágrafos que espécie de competência legislativa estará sendo expressa com a edição destas leis? Competência privativa ou concorrente?

Evidentemente, em face da breve síntese apresentada acima, no que diz respeito à “lei” referida no §2º do art. 236 da Constituição Federal, a resposta a estas indagações é bastante simples. Como revela a imediata leitura do dispositivo em comento, a competência legislativa para disciplinar os emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro é, indiscutivelmente, *concorrente*. Deveras, neste âmbito, a Constituição é clara ao afirmar que a “lei federal” estabelecerá “normas gerais”. Logo, em decorrência, ao Estado-membro e ao Distrito Federal caberá legislar sobre as “normas específicas”. Ou seja: *a União fixará as diretrizes, os princípios, os grandes delineamentos relativamente à questão dos emolumentos a serem fixados para o exercício da atividade notarial ou de registro*. Já os Estados-membros e o Distrito Federal, seguindo os parâmetros fixados pelas *normas gerais nacionais* editadas pela União, respectivamente, os fixarão por meio de suas *normas legislativas específicas*.

Trata-se, portanto, de típico caso de *competência legislativa concorrente* não relacionado no art. 24 da Constituição Federal<sup>76</sup>. Disso, seguramente, ninguém duvida ou poderá, ao menos em boa lógica jurídica, duvidar.

<sup>76</sup> Aliás, tal constatação demonstra a incorreção da tese sustentada por alguns de que as competências concorrentes estariam taxativa e exaustivamente fixadas no art. 24. Nesse caso, a matéria não está relacionada no artigo 24 e, mesmo assim, possui inegável inclusão no âmbito da competência concorrente da União, Estados e Distrito-Federal. Tem razão JOSÉ AFONSO DA SILVA, portanto, quando ao comentar o art. 24 da Constituição Federal, com seu habitual descortino, afirma que a competência concorrente abrange também “as normas gerais indicadas em outros dispositivos constitucionais, porque



Contudo, prossigamos a reflexão.

E no caso do §1º do art. 236? O texto constitucional fala em “lei”, sem explicitar o ente federativo que deverá produzi-la. Estaríamos então diante de uma hipótese de “lei federal”? Em caso afirmativo, esta “lei federal”, uma vez editada, expressará o exercício de *competência privativa* da União ou tratará apenas de fixar “normas gerais” no exercício de autêntica *competência concorrente*? Ou ainda, muito pelo contrário, estaríamos diante de uma típica “competência reservada” aos Estados-membros e, por conseqüência, ao próprio Distrito Federal<sup>77</sup>, para a edição, respectivamente, de leis estaduais e distritais?

A questão não é simples e exige uma cuidadosa interpretação sistemática do nosso texto constitucional em vigor.

Inicialmente, cumpre observar que o §1º do art. 236, da Constituição Federal, diz que a lei regulará “as atividades” de notários e de registradores, a sua “responsabilidade civil e criminal” (e também dos seus prepostos) e “a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário”.

Ora, no que concerne à questão da “responsabilidade civil e criminal”, parece indubitoso que a única “lei” que pode tratar dessa matéria é, em princípio, a “lei federal”. Disso a ninguém é dado ter qualquer tipo de dúvida. De fato, determina o art. 22 da nossa Constituição, no seu inciso I, que é “competência privativa” da União legislar sobre “direito civil” e “direito penal”. O estabelecimento de regras sobre a *responsabilidade civil e criminal* de quem quer que seja, por óbvio, diz respeito, respectivamente, ao âmbito destes direitos. Donde parecer claro e

---

*justamente a característica da legislação principiológica (normas gerais, diretrizes, bases), na repartição de competências federativas, consiste em sua correlação com competência suplementar é supletiva dos Estados”. É, aliás, apontemos de passagem, o caso das próprias competências estabelecidas nos arts. 22, XXI e XXVII, que apesar de inseridas no dispositivo constitucional que trata das competências privativas da União, conforme já salientado acima, acabam por revelar típicos casos de “competências concorrentes”. Logo, não se pode ter o rol de competências concorrentes do art. 24, da Constituição Federal, como exaustivo. Em outros dispositivos da nossa lei maior encontraremos outras matérias cuja competência para legislar também terá a mesma definição.*

<sup>77</sup> Deixamos de questionar, mesmo *ad argumentandum*, a possibilidade de ser a competência *sub examine* de âmbito municipal, por refugir a atividade notarial e de registro inteiramente ao âmbito do “interesse local”. Evidentemente, a dúvida que aqui recai diz respeito exclusivamente ao âmbito do “interesse geral” e do “regional”, portanto, ao campo das competências da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal.

induidoso que exclusivamente quanto a este específico aspecto da vida notarial e registral, apenas a lei federal, *privativamente*, poderá dispor.

Aqui a hipótese é, portanto, de *competência "privativa" da União*.

E quanto às demais matérias referidas no §1º, do art. 236 ("*atividades*" de notários e registradores e "*fiscalização*" destas pelo Poder Judiciário)? Também estaremos diante de casos de competência *privativa* da União?

No que concerne às "*atividades de notários e registradores*" é forçoso estabelecer-se uma clara distinção. Já observamos que as atividades delegadas pelo Poder Público, a esta particular espécie de agentes públicos, possuem natureza tipicamente *administrativa*. Notários e registradores, ao praticarem os atos decorrentes estritamente da sua delegação, exercem inegável "*função administrativa*", fazendo às vezes do próprio Estado.

Disso devemos extrair uma primeira e importante premissa para o exame da matéria.

Como princípio geral, todos os entes da Federação, enquanto unidades autônomas têm direito à sua "*auto-administração*". União, Estados, Distrito Federal e Municípios devem estabelecer, com liberdade, a sua estrutura administrativa, a disciplina peculiar e própria dos seus atos e procedimentos administrativos, sujeitando-se, naturalmente, aos princípios e limites estabelecidos na Constituição Federal. Sendo assim, o ente da federação que tiver recebido da Constituição Federal a competência para ter sob a sua responsabilidade a prestação e a decorrente delegação da atividade notarial e registral, deverá ter competência para estabelecer a estrutura e a regulação direta da prestação desta particular espécie de atividade administrativa. É uma decorrência óbvia e natural do poder de "*auto-administração*" conferido aos entes federativos.

Perguntemos então: em face da Constituição quais entes federativos terão recebido esta competência? A União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios?

A resposta não enseja dúvidas. A simples leitura do texto constitucional nos revela que nem a União, nem os Municípios receberam a competência para serem tidos como responsáveis pela delegação a particulares, por concurso, do exercício da atividade notarial ou de registro. Logo, é forçoso reconhecer que, tendo em vista a regra geral da atribuição de competência residual aos Estados-membros, foi a esses entes que este *dever-poder*, em regra, restou atribuído.

Conclui-se, portanto, que é aos *Estados-membros* (e ao Distrito-Federal por decorrência) que competirá, em princípio, a outorga da delegação prevista no art. 236 da nossa lei maior. E, em sendo assim, naturalmente, a eles também restou atribuída, no exercício da sua liberdade de "*auto-administração*", a competência para legislar *sobre a específica estruturação administrativa do exercício da atividade notarial e registral*. Deveras, se esta atividade é afirmada no âmbito da competência dos Estados e do Distrito Federal, a eles competirá delegar o seu exercício a particulares e também a definição da própria estruturação administrativa da sua prestação. *Leis estaduais, portanto, respeitados os princípios e limites constitucionalmente estabelecidos, deverão ser, em alguma medida, responsáveis pela estruturação administrativa do exercício da função notarial e de registro.*

Essa primeira conclusão, todavia, não pode ignorar outra que, indubitavelmente, limita a sua abrangência.

Com efeito, embora todos os entes da Federação tenham poder de "*auto-administração*", excepcionalmente, algumas competências que são administrativas ou possuem intrínseca relação com as atividades administrativas do Estado foram *privativamente* atribuídas pelo legislador constitucional à União, no art. 22 da Constituição Federal. Não é a regra, é bem verdade. Mas são exceções que, por terem esta mesma condição, acabam confirmando a existência dessa regra. É o caso, v.g., da "*desapropriação*" (art. 22, II)<sup>78</sup>, das "*requisições civis e militares*" (art. 22,

<sup>78</sup> Seria absurdo dizer que o instituto da desapropriação está inteiramente inserido no âmbito da atividade administrativa do Estado. Como sabido, a sua consumação, na maior parte das vezes exige a fixação de uma prévia e justa indenização por meio de processo judicial. Portanto, a desapropriação é um instituto que se relaciona intrinsecamente com a atividade administrativa do Estado. Mas não é em si um procedimento administrativo.

III)<sup>79</sup>, e de diferentes “serviços públicos” relacionados neste mesmo dispositivo. (*água, telecomunicação, serviço postal, etc.*).

Uma das matérias administrativas atribuídas ao campo de atuação legislativa da União, em caráter excepcional, é a competência para editar leis sobre “registros públicos” (art. 22, XXV). Entende-se por “registros públicos” toda atividade, destinada a *autenticidade, segurança e eficácia* dos atos jurídicos<sup>80</sup>. Em sentido estrito, a expressão engloba apenas a “atividade registraria” e não a “notarial”.

De fato, os doutos ensinam que o *serviço notarial* é a “atividade de redigir, formalizar e autenticar, com fé pública, instrumentos que consubstanciam atos jurídicos extrajudiciais do interesse dos solicitantes”<sup>81</sup>. Desse

<sup>79</sup> A requisição é um ato administrativo unilateral e auto-executório. É em si um ato praticado no exercício da função administrativa do Estado

<sup>80</sup> Cf. art. 1º da Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos). Segundo este dispositivo “os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta lei”.

<sup>81</sup> WALTER CENEVIVA, Lei dos Notários e dos Registradores Comentada, Ed. Saraiva, 5ª Ed., 2006, p.22. Ilustrativa exposição a respeito vem contida no “Diccionario de Derecho Privado”, Directores IGNACIO DE CASSO Y ROMERO e D. FRANCISCO CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO, Editorial Labor, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Reio de Janeiro, México, Montevideo, 1950, p. 2761 e 2762, no verbete “notariado”: “de Notarius, escribiente romano. Hay otros términos latinos que han pasado a denominar la institución moderna; scribe, tabellión. Bajo el nombre de Notariado se comprende, objetivamente, cierta función: subjetivamente, el conjunto de personas que la desempeñan. En este último aspecto se define como cuerpo facultativo que forman los notarios, o bien el conjunto de personas que ejercen la función notarial. Es a ésta a la que en definitiva resulta preciso referirse, y en ella se debe distinguir la función respecto al Derecho privado y el servicio público. Aquella puede reconducirse a la teoría de los medios de prueba, siendo la expresión típica de la más perfecta, a saber: a la escritura pública. Supone tres elementos: 1. Intervención de un fedatario especial, agente del poder público. 2. Conservación perpetua de los originales e matrices, de los cuales se facilitan copias; 3. Formación de índices y depósito de ellos en archivos, donde pueden controlarse. El documento notarial es ‘1 a prueba antiligtiosa por excelencia. El número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras’ (...) Para Sanchez Román, el Notariado es el complemento de la vida civil, porque la libertad individual necesita de medios por los cuales se dote a las relaciones de facilidad, certeza, permanencia y eficacia (SANCHES ROMAN, Estudios, II, p. 610 y 611). (...) Es institución de Derecho público, confirmatoria del principio ‘jus privatum sub tutela publici manet’. A la función privada de celebrar actos corresponde la función pública que los facilita y legitima, protege, garantiza y conserva, o como dice Lavandera, el Notariado realiza la misión social del DC. (...) A este fin la actividad del Notariado comprende: preconstituir la prueba, legitimar derechos y dar forma solemne a ciertos negocios jurídicos. Pero no atiene solo a elementos exteriores y adjetivos de la vida jurídica, intrínsecamente considerada. En efecto, el Notario ordena la voluntad privada a un modo de expresión técnica que produzca efectos jurídicos (...) Fundiendo ambos aspectos, el objetivo de la función y el subjetivo del funcionario, define Gimenez Arnau al Notario como ‘profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, com una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia, solo por razones históricas están sustados a los actos de la llamada jurisdicción voluntaria’. Lavandera define: ‘funcionario que autoriza el acto y su documento en forma pública con efectos de legalidad, autenticidad y ejecución, y certifica la existencia del hecho con fuerza de prueba plena.’”

modo, como bem ponderou JOSÉ MARIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO “em atos jurídicos solenes concentram-se as funções do Notário. Quando escreve em seu livro de notas, está o Tabelião elaborando atos jurídicos, enquadrados nas categorias previstas no Código Civil”<sup>82</sup>. Afinal, “o notário escreve ou formula os termos ou instrumentos, geralmente chamados de escrituras, segundo os dados ou apontamentos (notas) fornecidos pelos interessados. Mas é de sua obrigação enquadrar os atos na forma legal, seguindo as regras e exigências instituídas pela lei, a fim de que os mesmos atos ou contratos não possam ser inquinados de irregulares. (...) Seus escritos, tidos como documentos públicos ou instrumentos públicos, são reconhecidos como documentos autênticos, pois que o notariado ou as funções de notário são tidas como de caráter público ou de fé pública, valendo, salvo casos excepcionais, como prova plena”<sup>83</sup>.

Já o serviço de registro ou registral, por sua vez, não tem em si a finalidade de elaboração de atos jurídicos, mas o de proceder a um “assentamento de título de interesse privado ou público para garantir a oponibilidade a todos os terceiros, com a publicidade que lhes é inerente.”<sup>84</sup>. O assentamento de um fato juridicamente relevante<sup>85</sup>, com a outorga de publicidade para conhecimento de terceiros, sem dúvida, é o objeto nuclear e fundamental da definição da função registral. Confirmando esta compreensão, ensina WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO acerca do registro, que “ele fornece meios probatórios fidedignos, cuja base primordial descansa na publicidade que lhe é imanente. Essa publicidade de que se reveste o registro tem função específica: provar a situação jurídica do registrado e torná-la conhecida de terceiros”<sup>86</sup>.

---

A respeito, sinteticamente também ensina MARIA HELENA DINIZ que por tabelião devemos entender: “1. Notário. 2. Oficial Público que está encarregado da lavratura de atos para dar-lhes autenticidade e fé pública” (in *Dicionário Jurídico*, Saraiva, p.486, vol 4, 1998).

<sup>82</sup> *Manual dos Tabeliães*, Edição Saraiva, 1975, p. 10.

<sup>83</sup> DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Forense, Rio de Janeiro, 25ª. Ed., 2004

<sup>84</sup> *Op. cit.*, p. 23

<sup>85</sup> WALTER CENEVIVA define “registro é o ato de registrar, significando genericamente o assentamento feito, como anotação escrita obrigatória, de um fato juridicamente relevante” (in *Manual de Registro de Imóveis*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1988, p. 35)

<sup>86</sup> Curso de Direito Civil, Saraiva, São Paulo, 1978, Parte Geral, vol 1. p. 81. Em sentido idêntico diz DE PLÁCIDO E SILVA que “desse modo a finalidade jurídica do registro não é somente a de perpetuar a prática ou a execução do ato jurídico, para que se assegure a existência dele, e a de autenticá-lo e o identificar. Vale como meio de publicidade, para que não se alegue desconhecimento ou ignorância da sua existência” (*Op. cit.*, p.1183). É também o entendimento de PEDRO NUNES quando afirma que registro é o

Partindo desta distinção, tem sido tradicional entre nós, com amparo inclusive do nosso direito positivo, acentuar-se a diferença entre notários e registradores, pela designação dos primeiros como “*tabeliães*” e dos segundos como “*oficiais de registro*”<sup>87</sup>. Aliás, a nossa própria lei disciplinadora dos registros públicos (L. 6.015/73), ao enumerar os “*registros*” de que tratará, faz menção unicamente a atividades estritamente registrais (*registro civil de pessoas naturais, registro civil de pessoas jurídicas, registro de títulos e documentos e registro de imóveis*)<sup>88</sup>.

---

“*instituto criado como fim de tornar públicos os atos jurídicos, o estado e a capacidade das pessoas, estabelecendo a autenticidade, segurança e validade das obrigações e de certas relações de direitos passíveis de tutela legal e sujeitas à transferência, modificação ou extinção*” (PEDRO NUNES, *Dicionário de Tecnologia Jurídica*, vol. II, Freitas Bastos, 7ª. Ed., 1967, p.382).

<sup>87</sup> Esta terminologia foi, inclusive, adotada pelo nosso direito positivo. Diz o art. 5º da nossa lei 8.935/94, diferenciando “*tabeliães*” (notários) de “*registradores*” (oficiais de registro) que:

“Art. 5º. Os titulares de serviços notariais e de registro são os:

I - *tabeliães de notas;*

II - *tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos;*

III - *Tabeliães de Protesto de Títulos;*

IV - *oficiais de registro de imóveis;*

V - *Oficiais de Registro de Títulos e Documentos e civis das pessoas jurídicas;*

VI - *oficiais de registro civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas;*

VII - *oficiais de registro de distribuição.*”

Há que se observar, contudo, que embora tenha a nossa lei designado o serviço de protesto de títulos como uma atividade de natureza “*notarial*”, muitos autores, não sem razão, têm reconhecido um forte componente “*registral*” em suas atividades. Ainda que o protesto seja o “*ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento da obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida*”, lavrado pelo agente público competente e, portanto, de natureza *notarial*, na medida em que por ele se atesta e certifica formalmente, a pedido de alguém, uma dada situação jurídica para fins probatórios, ele também não deixa de apresentar um indiscutível componente *registral*. Deveras, não se pode negar a dimensão de *publicidade* frente a terceiros que o ato de protesto possui. Nos dias atuais o protesto se apresenta como uma verdadeira coerção, um constrangimento moral imposto ao inadimplente, cujos efeitos, por óbvio, ultrapassam em muito a dimensão negocial do título protestado. Como ensinou PONTES DE MIRANDA, “*pelo protesto, dá-se conhecimento ao público do que acontece a título cuja vocação é caminhar, atando a si pessoas que talvez não se conheçam, mas talvez se tenham ligado à mesma sorte. Em relação ao próprio obrigado principal, o protesto ameaça-o de lhe desonrar o título cambiário e, pois, a firma. As conseqüências extracambiárias são conhecidas*” (in *Tratado das Ações*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972, t.2, p.137). Donde afirmar, em compreensão com a qual concordamos integralmente, MAURO GRINBERG que o protesto é “*um ato misto notarial/registral; é notarial pois quem o pratica exerce atividade pública não estatal, portanto notarial, mas com função de publicidade, logo registral*” (*Protesto Cambial*, Saraiva, São Paulo, 1972, t.2, p. 357). A função exercida pelo Tabelião de Protesto de Títulos, por conseguinte, é “*híbrida*”. Qualificada pela lei *a priori* como notarial, não deixa de possuir também uma forte dimensão registral pela dimensão que sua publicidade propicia quanto aos efeitos pejorativos e de advertência que projeta perante a coletividade.

<sup>88</sup> Art.1º, §1º, da Lei n 6.015/73.

Logo, por expressa determinação constitucional, a competência outorgada no art. 22, XXV, da nossa lei maior, abrange exclusivamente os atos *registrais* e não *notariais*.

Mas, indague-se agora: que aspectos dos atos registrais deverão ser, privativamente, disciplinados pela lei federal? Todos, sem exceção? Estarão aqui incluídos os aspectos estritamente administrativos do procedimento de outorga da delegação, da outorga da delegação em si e da dimensão administrativa organizacional da atuação dos registradores, como a criação e a definição do campo de abrangência territorial das serventias extrajudiciais?

Temos para nós que o art. 22, XXV, da Constituição, ao se referir à competência privativa da União para legislar sobre "*registros públicos*" se referiu exclusivamente às *atividades de natureza registral*, consideradas estas *exclusivamente* nos seus aspectos *substantivos ou materiais*, ou seja, nos aspectos pertinentes exclusivamente à *disciplina jurídica dos atos de registro*. Não englobou em seus termos, de acordo com uma boa interpretação constitucional, os aspectos *orgânicos ou subjetivos* do exercício estritamente administrativo das atividades delegadas no art. 236 da nossa lei maior. Em outras palavras: *o legislador constitucional deu competência privativa para a União legislar apenas sobre os atos de registros públicos em si (atos registrais), e não sobre o procedimento de outorga da delegação, ou sobre os aspectos pertinentes a estruturação e a organização do "serviço" de prestação da atividade registral.*

Esta interpretação, aliás, é a única que harmoniza o art. 22, XXV, da Constituição Federal com a prerrogativa de "*auto-administração*" do Estado-membro. Fosse a expressão "*registros públicos*" entendida em sentido *subjetivo ou orgânico*, de modo a englobar as regras legislativas a serem fixadas sobre o procedimento de outorga, a outorga em si, a definição estrutural, funcional e territorial das competências de cada uma das serventias, e quaisquer outras questões estritamente administrativas da atuação de registradores, acabaria por restar eliminada, por completo, a possibilidade de Estados (e do Distrito Federal) organizarem com um mínimo de autonomia o exercício estritamente administrativo desta atividade. Tudo, absolutamente

tudo, em matéria da prestação dos serviços registrais, haveria de ser tratado, regrado, disciplinado, por lei federal. A autonomia federativa dos Estados, no que concerne à possibilidade de sua *auto-administração*, teria sido, nesta matéria, rasgada. E o texto constitucional, nos seus dispositivos isolados, interpretado em dissonância com os seus próprios princípios maiores.

De fato, quando a Constituição atribui competências privativas à União para legislar sobre certas atividades administrativas, ou mesmo intrinsecamente relacionadas com atividades administrativas passíveis de serem realizadas por outros entes federativos, jamais suprime a liberdade de *auto-administração* destes entes no exercício destas mesmas matérias. Por exemplo: quando diz que a União tem competência para legislar sobre “*requisições*” ou “*desapropriação*”, *não está deferindo a ela o poder de privativamente dispor sobre os aspectos organizativos e orgânicos da prática destes institutos*. Estes aspectos pertencem ao poder de *auto-administração* que cada ente federativo possui sobre o exercício das funções administrativas que lhes são próprias. *Atribuir competência privativa para que a União legisle sobre desapropriação ou sobre requisição não implica, portanto, que Estados, Distrito Federal e Municípios, não possam ter a liberdade de, por suas próprias leis, estabelecerem os órgãos, as delimitações territoriais e administrativas, as estruturações próprias das competências pertinentes a seus respectivos âmbitos, para a prática de procedimentos expropriatórios ou de requisições. A lei federal dispõe materialmente sobre estes institutos. A lei de cada ente federativo dispõe sobre como cada ente irá administrativamente se auto-organizar para efetivá-los.*

O mesmo acontece, a nosso ver, com a atividade registral. *A União disciplina privativamente, por lei, o campo material dos atos de registro. Os Estados-membros, a quem compete a outorga da delegação para o exercício destas, disciplina, por lei, o âmbito orgânico-administrativo do seu exercício*<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Esta, aliás, foi a solução corretamente adotada pela Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), apesar de editada ainda sob a égide da Constituição anterior. Considerando que aquele antigo texto constitucional também assegurava a competência de auto-administração para os Estados-membros e para o Distrito Federal, após arrolar no §1º do seu artigo 1º os “registros” que serão por ela disciplinados (*registro civil de pessoas naturais, registro civil de pessoas jurídicas, registro de títulos e documentos e registro de imóveis*), estabeleceu, no seu art. 2º, que: “os registros indicados no §1º do artigo anterior ficarão a cargo dos serventuários privativos nomeados de acordo com o estabelecido na Lei de Organização



Outro argumento comparece a reforçar de forma indestrutível esta compreensão. Tivesse o art. 22, XXV, englobado na competência privativa que outorga à União para legislar sobre “registros públicos” a atividade orgânica e de estruturação administrativa para o exercício da função registral, seria necessário entender-se que o art. 236, §1º, da mesma Carta constitucional faria referência a uma “lei” diferenciada, sob a ótica federativa da sua expedição, para a atividade notarial e a registral. A “lei” responsável pela dimensão administrativa do exercício da atividade registral seria *privativa* da União, excluindo-se qualquer possibilidade de Estados legislarem sobre os aspectos orgânicos e organizativos da prestação desta atividade. Já a “lei” responsável pelo exercício da atividade notarial não teria esta condição, uma vez que o texto constitucional não incluiu tal competência legislativa no âmbito das competências privativas daquele ente.

Tal entendimento colidiria frontalmente com o próprio espírito do art. 236. Deveras, parece evidente que *para efeito do regime jurídico que caracteriza a realização da sua outorga e o seu respectivo exercício orgânico, as atividades notariais e de registro foram inteiramente equiparadas pelo o art. 236 da Constituição Federal. A estas duas atividades (notarial e de registro) resta imposto, com nitidez pelo texto constitucional, do ponto de vista orgânico, da sua delegação e da sua realização administrativa, o mesmo regime e o mesmo tratamento jurídico.* Não fez o legislador constitucional qualquer distinção a respeito.

Com efeito, este artigo da nossa lei maior trata de ambas as atividades, em suas disposições, como se fossem uma só. Não as diferencia em nada. Logo, *não há nenhum sentido lógico e sistemático que se estabeleça qualquer diferença no âmbito federativo da edição e da regulação a ser imposto pela lei referida no art. 236, §1º, da nossa Constituição. A lei deverá ser a mesma, do ponto de vista federativo, tanto para as questões estritamente administrativas do exercício da atividade notarial, como para o exercício da atividade registral*<sup>90</sup>. A lei prevista no art. 236, §1º, da

---

*Administrativa e Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios e nas Resoluções sobre a Divisão e Organização Judiciária dos Estados”.*

<sup>90</sup> Aliás, pondere-se, é o mesmo que ocorre com a lei referida no parágrafo seguinte do mesmo art. 236. Não será admissível também aqui qualquer sentido na diferenciação, sob estes mesmos aspectos, da lei que

Constituição Federal, deverá ser editada pelo mesmo ente e ter a mesma incidência federativa, independentemente da natureza notarial ou registral da atividade por ela disciplinada. Seria absurdo que aqui se estabelecesse qualquer distinção jurídica.

Em síntese: a *regra do art. 22, XXV, em nada afasta a competência do Estado-membro de se "auto-administrar" na prestação da atividade notarial e registral. As leis estaduais é que terão competência para tratar dos aspectos administrativos específicos da dimensão subjetiva ou orgânica do exercício desta atividade, em especial, no que concerne ao procedimento realizado para a outorga de delegação (concurso público e ato de outorga), a criação e a definição de competências territoriais para atuação das serventias extrajudiciais, e ainda dos demais aspectos procedimentais da sua atuação administrativa.*

Mas remanesce ainda em aberto, em parte, a questão debatida. Diante de todo o exposto, pergunte-se novamente: qual a competência federativa da lei prevista no art. 236, §1º, da Constituição Federal?

Já vimos que a competência para disciplinar a "responsabilidade civil e criminal" dos notários e registradores e de seus prepostos é *privativa* da União. E a competência para disciplina das "atividades" de notários e de registradores e da "fiscalização pelo Poder Judiciário, a quem pertence? Exclusivamente aos Estados-membros? Não, uma vez que a disciplina dos *atos de registro, sob sua dimensão material ou substantiva, também é privativa* da União (art. 22, XXV). E a disciplina legislativa da estruturação administrativa da atividade notarial e de registro, sob seus aspectos orgânico, procedimental e funcional, incluindo-se a criação concreta das serventias? Competiria *privativamente* aos Estados-membros e ao Distrito Federal ou ainda aqui estaríamos diante de uma competência *concorrente*, como no caso do §2º do artigo 236?

Nisto reside o aspecto mais difícil e tenebroso do problema. O art. 24 não relaciona a estruturação administrativa da atividade notarial e de registro como uma atividade legislativa concorrente da União, Estados e Distrito

---

trata da fixação das normas gerais sobre os emolumentos relativos aos atos praticados por notários e registradores (art. 236, §2º da C.F.).

Federal. Todavia, como já observado, *este rol não é taxativo*, na medida em que mesmo fora do art. 24, existem hipóteses de competência concorrente.

O exame literal do art. 236, §1º, também não nos ajuda muito. De fato, se atentarmos exclusivamente para seus termos, haveremos de observar que, ao contrário do que afirma o seu parágrafo subsequente, ele faz referência simples à *"lei"*, sem afirmar que este diploma legal trataria de *"normas gerais"*. Com isso, aparentemente parece sugerir que a competência que autorizará a expedição desta lei não seria *"concorrente"*, mas *"privativa"* de alguém. Além disso, em tese e apenas aparentemente reforçando este ponto de vista, a referência a *matérias de competência privativa da União ("responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registros e de seus prepostos" e as atividades de registradores que digam respeito aos aspectos materiais e substantivos dos "registros públicos")* parece sugerir que toda esta matéria seria atribuída ao campo da competência privativa da União.

Mas se assim fosse, estaríamos de novo voltando ao início de tudo e negando as premissas anteriormente afirmadas e reiteradas. E a autonomia administrativa dos Estados-membros e do Distrito Federal, como ficaria? De que modo se afirmaria o poder de *auto-administração* de Estados e Distrito Federal no exercício da função administrativa de notários e registradores? Ignorada, como se não existisse afirmada como princípio para todos os entes federativos?

Note-se, portanto, que a questão não se resolve por uma apreciação isolada do dispositivo inserido no art. 236, §1º, da Constituição Federal. Impõe-se, para sua boa compreensão e adequada exegese constitucional, uma interpretação sistemática da matéria.

Com efeito, tudo indica que *"a lei"* mencionada no art. 236, §1º, da nossa lei maior, *não se refere a um único campo de competência legislativa federativa*. Por tudo que já vimos, está claro que os aspectos orgânicos e estritamente administrativos da função notarial não poderão deixar de ser tratados, *por uma questão de princípio (auto-administração dos entes federativos)*, pela legislação do Estado-membro e do Distrito Federal. Isto somente poderia acontecer se uma regra expressa da Constituição excluísse esta possibilidade. E isso não ocorre. Contudo, é

evidente que esta “lei” tem também assuntos estritamente federais a tratar e que, jamais, poderão, por sua vez, ser objeto de leis estaduais ou distritais (*responsabilidade civil e criminal e aspectos materiais e substantivos dos registros públicos*). Do mesmo modo, imaginar que este mesmo dispositivo se refere a certas questões que seriam “privativas” do Estado ou do Distrito Federal, sem qualquer interferência legislativa federal, e outras “privativas” da União, seria igualmente estranho. Seria uma “lei” que nunca poderia ser uma “lei” só. A reunião de todas estas matérias pelo legislador constitucional, em um único dispositivo para que fossem tratadas pela “lei” e da maneira com que o fez, soaria, assim, estranho e irrazoável. Por que haveria de ter, a nossa Constituição, reunido todas estas matérias em um único parágrafo, fazendo menção à “lei”, quando a lei de um único ente federativo não poderia nunca abarcá-las em um único contexto? Seria, deveras, incompreensível.

Somente uma explicação pode harmonizar o texto do art. 236, §1º, com a própria lógica da sua existência em perspectiva uniforme com todo o texto constitucional. Pensamos que todas as matérias que estão nele relacionadas devem ser tratadas pela lei de um único campo federativo: *a lei federal*. A *lei federal* poderá tratar das atividades notariais e de registro, disciplinar a responsabilidade civil e criminal dos notários, oficiais de registros e de seus prepostos, bem como reger a fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário. Só que o fará *em perspectivas federativas distintas*. Quando tratar dos *aspectos substantivos ou materiais dos registros públicos, da responsabilidade civil e criminal de notários, registradores e de seus prepostos, o fará como lei federal que expressa a competência privativa da União para disciplinar estas matérias* (art. 22, I e XXV, da C.F.). Ao revés, por respeito ao princípio da *auto-administração* dos Estados-membros e do Distrito Federal, quando tratar das *normas disciplinadoras dos aspectos orgânicos e estritamente administrativos da atividade notarial e de registro, bem como da fiscalização que sobre estas matérias deverá exercer o Poder Judiciário*, poderá apenas expressar “normas legislativas gerais”, ou seja, *fixar princípios ou delineamentos maiores em âmbito nacional para todos os entes da Federação*. Nesse último caso, portanto, estará expressando a *competência concorrente* da União para editar “normas gerais” sobre estas matérias, garantida, com isso, a

*competência legislativa estadual e distrital para tratar dos assuntos estritamente administrativos que lhe forem pertinentes.*

Agora em síntese final: a “lei” referida no art. 236, §1º, da Constituição é “federal”. Disciplinará a atividade dos registradores, no campo substantivo e material dos atos de registros públicos, da responsabilidade civil e criminal de notários, registradores e seus prepostos, como expressão da competência privativa da União sobre estas matérias. Aos Estados-membros e ao Distrito Federal, por suas leis próprias, estará vedado tratar destes assuntos. Todavia, quanto à atividade de notários e registradores, sob os seus aspectos orgânicos ou estritamente administrativos, os disciplinará no exercício da sua competência concorrente com Estados e Distrito Federal, na forma do art. 24 da nossa lei maior. Limitar-se-á apenas ao estabelecimento de “normas gerais” fixadoras das grandes diretrizes sobre a matéria. Aos Estados-membros e ao Distrito Federal competirá legislar, portanto, respeitadas as normas gerais ditadas pela União, sobre os aspectos orgânicos ou estritamente administrativos que possibilitarão a prestação dos serviços delegados com base no art. 236 da nossa Constituição Federal.

Esta solução, aliás, analogicamente, guarda natural adequação com a solução dada pelo nosso próprio legislador constitucional para a atuação de outros *particulares em colaboração com a Administração*, como é o caso de *concessionários e permissionários de serviços públicos*. Com efeito, para não eliminar a *auto-administração* dos Estados no plano da prestação de serviços públicos (atividades que igualmente podem ser delegadas), estabeleceu a lei que, no que tange aos aspectos administrativos dos seus vínculos (licitação e regime jurídico de seus contratos ou atos que delegam as suas atividades), a competência legislativa é *concorrente*. É o que determina o art. 22, XXVII, da Constituição Federal<sup>91</sup> ao estabelecer que compete à União, “*privativamente*”, legislar sobre “*normas gerais*” de “*licitação*” e “*contratação*”. Assim, a “lei” que, prevista no art. 175, parágrafo único, disciplinará a essência do regime jurídico administrativo das concessões e das permissões de serviços públicos será *federal*,

---

<sup>91</sup> Embora a redação deste dispositivo tenha sido alterada pela Emenda Constitucional n. 19/98, sob o aspecto em comento, o tratamento da matéria é o mesmo desde a entrada em vigor do texto constitucional. Nada se alterou a respeito.

mas expressando apenas “*normas gerais*” sobre a matéria. Aos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) que forem delegar os serviços públicos aos particulares, na condição de concessionários ou permissionários de serviços públicos, caberá, por suas próprias leis, estabelecerem as normas específicas reguladoras das demais realidades administrativas sobre as quais se assegura o seu poder de “*auto-administração*”.

O tratamento, portanto, para estas diferentes formas de delegação é o mesmo, guardando-se por analogia um absoluto paralelismo das situações. Os particulares em colaboração com a Administração (notários, registradores, concessionários e permissionários de serviços públicos) terão, sobre os atos que delegam o exercício de suas atividades administrativas, “*diretrizes*”, “*princípios*”, “*delineamentos normativos maiores*” ditados pela própria União, no exercício de competência legislativa concorrente (“*normas gerais*”). Os entes federativos responsáveis pela delegação (no caso dos notários e registradores, apenas os Estados-membros e o Distrito Federal) poderão legislar sobre normas específicas, mas apenas no âmbito do exercício do seu próprio poder de “*auto-administração*”.

Aplicar-se-á, assim, *in totum*, ao caso em exame, o regime estabelecido no art. 24 da nossa lei maior.

É a solução adequada, ao que nos parece, para a matéria<sup>92</sup>.

<sup>92</sup> Esta também é a posição de WALTER CENEVIVA. Analisando a matéria, na fase que antecedeu a elaboração da Lei n. 8.935/94, ponderou o ilustre jurista que: “*sustentei manifestação contrária à centralização de poderes num colégio federal, mas favorável à afirmação da autonomia dos Estados nessa matéria, considerando as regras constitucionais e a preponderância de peculiaridades locais em matéria de organização e distribuição dos serviços notariais e de registros. (...) Tive em conta que serventias notariais e registrárias, estas previstas na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), são exercidas em caráter privado (art. 236 da Constituição Federal), mesmo sendo prestadoras de serviços públicos. São órgãos aos quais o Estado incumbe, para alcançar os efeitos previstos em lei, de atividade de ordem pública. (...) Assim, a discussão da lei federal projetada deveria envolver, como preliminar, o exame da competência específica da União (art. 22, e em particular, seu inciso XXV, da Constituição Federal) para regular a atividade, a disciplina, a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, defendendo formas de fiscalização, pelo Poder Judiciário, dos atos que praticam ou que, sendo-lhes impostos em lei, omitirem. (...) As normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro também estavam a depender de lei federal, havendo competência concorrente dos Estados, para atendimento das peculiaridades locais. (...) O cotejo da competência exclusiva com a concorrente também provocou distinção relevante quanto ao ato de outorga da delegação; serventuários de registro e de notas são escolhidos na forma estabelecida em leis de organização administrativa e judiciária do Distrito Federal e dos Estados, observada a exigência do concurso, em fidelidade à regra geral do art. 37, II, da Constituição Federal e a específica do art. 236,*

## II. 2. O REGIME JURIDICO DA ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRÁRIA E OS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES, DA LEGALIDADE E DO CONCURSO PÚBLICO

Firmada a premissa de que as atividades notariais e registrais devem ser compreendidas como espécies de função administrativa obrigatoriamente prestada de forma descentralizada por particulares<sup>93</sup>, fica em muito facilitada a compreensão do regime jurídico que, em nosso Direito, as disciplinam.

Embora o notário e o registrador sejam pessoas privadas, e a estrutura organizacional que montam para a realização de suas funções também integre o mundo privado, a prestação da sua atividade, em si, e pela sua própria natureza, é submetida ao regime de Direito Público e aos seus princípios<sup>94</sup>. As normas que regulam a delegação, as que tratam da fiscalização dos serviços prestados e das sanções administrativas aos delegados impostas pelo inadequado exercício da sua atividade, são normas administrativas, e como tais devem ser compreendidas e analisadas em toda a sua complexidade<sup>95</sup>.

---

*aberto para provimento ou remoção no prazo máximo de seis meses a contar da vacância. (...) A competência estadual (ou do Distrito Federal) compreende todos os aspectos administrativos, disciplinares e funcionais do trabalho dos cartórios, o que, em São Paulo, vem expresso no art. 77 da Constituição do Estado" (grifos nossos) (Lei dos Notários e dos Registradores Comentada, p. 7)*

<sup>93</sup> Como vimos esta é a regra estabelecida no art. 236 da Constituição Federal. Todavia, é importante lembrar a existência de hipótese excepcional admitida pela própria Lei Maior. O art. 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece que "o disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo Poder Público, respeitando-se o direito de seus servidores". Desse modo há hipótese, dentre nós, embora excepcional, em que esta atividade poderá ser legitimamente prestada de forma centralizada pelo Poder Público.

<sup>94</sup> Há quem hoje sustente a existência de um campo próprio da ciência jurídica que denominam acertadamente *Direito Notarial*. Como diz em sintética escrita FRANCISCO MARTINS SEGOVIA, o Direito Notarial "es la especialidad del estudio de la ciencia jurídica, que se ocupa del notariado" (in *Función notarial*, EJE, 1961, p. 22). Embora seja uma questão discutível, entende a maioria da doutrina que seria ele um particular ramo do Direito Público que manteria estreitas relações com o Direito Administrativo. Deve ser consultada, a respeito, a completa e magistral monografia "Teoria Geral do Direito Notarial", de Leonardo Brandelli, Saraiva, 2ª. Ed., 2007, p. 77 e segs.

<sup>95</sup> A nosso ver, estas normas são comuns ao Direito Administrativo e ao denominado Direito Notarial. Lembremos que o Direito, como fenômeno normativo, é um sistema unificado de regras atinentes ao mundo do "dever ser". Sua compreensão em ramos ou disciplinas é apenas de natureza didática ou científica, metodologicamente destinada à sua melhor compreensão ou estudo. Deste modo, nada impede que cientificamente um mesmo segmento normativo possa integrar o objeto de diferentes campos da

Ao jurista não deve trazer nenhuma perplexidade esta observação. Pessoas privadas que são, notários e registradores, atuam nas suas relações organizacionais sob o manto da autonomia e da liberdade que caracteriza o seu mundo. Como já observamos anteriormente, contratam os seus auxiliares diretamente e com liberdade de escolha, pelo regime trabalhista próprio das pessoas privadas (regime da CLT). Estão libertos do dever de licitar para celebrarem seus contratos, e não se vinculam às rígidas regras que disciplinam os orçamentos públicos, ou às normas de Direito Financeiro, quando planejam, fazem seus gastos e realizam investimentos para o exercício da atividade estatal que lhes foi delegada. Seus contratos não são regidos pelo Direito Público, não podendo ser chamados em nenhuma hipótese de contratos administrativos, no sentido próprio e estrito do conceito.

Assim, no campo da sua atuação pessoal, são *pessoas privadas comuns* que não sofrem os limites impostos aos órgãos públicos ou aos entes estatais que integram a denominada Administração Pública Direta e Indireta. Também não recebem (*por serem sujeitos dotados de personalidade de direito privado e não integrados à estrutura estatal*), as prerrogativas e os poderes próprios do mundo público. No âmbito da sua atuação pessoal, como pessoas privadas e comuns que são, ficam longe da incidência dos princípios básicos que fundamentam o regime próprio do Direito Administrativo, isto é, dos denominados princípios da *supremacia dos interesses públicos e da indisponibilidade dos interesses públicos*.

Por força do já exposto, porém, o mesmo não ocorrerá quanto à função administrativa que, mediante delegação estatal, exercem. Ao seu exercício *objetivo* se aplicarão os princípios próprios do mundo público, com todas as suas características e nuances<sup>96</sup>. Seus atos jurídicos, praticados no exercício desta função,

---

ciência jurídica. É o que acontece, a nosso juízo, com as normas que regulam a delegação feita em nosso país a notários e a registradores, disciplinam a fiscalização dos serviços que prestam ou as sanções que recebem pelo descumprimento de seus deveres. Pertencem ao Direito Notarial, mas integram também o Direito Administrativo.

<sup>96</sup> Reconhecendo esta realidade, WALTER CENEVIVA afirma que “o art. 236 considera o serviço notarial e de registro uma delegação do Poder Público, sendo agentes públicos os seus exercentes. Subordinam-se, assim, aos princípios do art. 37, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de julho de 1998, os quais passaram a incluir a eficiência no seu rol”. (*Lei dos Notários e dos Registradores Comentada*, p. 24, Saraiva, 5ª. Ed., 2006). De fato, como sabemos, os princípios gerais relacionados na abertura do *caput* do art. 37 são os da “legalidade, impessoalidade,



devem ser tidos como atos administrativos e terão, naturalmente, os atributos peculiares a estes, como, por exemplo, a própria *presunção de legitimidade*.

A situação jurídica de notários e registradores, também sob este aspecto, portanto, não deve deixar de ser percebida como análoga a dos concessionários e permissionários de serviços públicos. São pessoas privadas e, como tal, ao menos no âmbito subjetivo e pessoal da sua figuração e dos atos que lhes são próprios, serão submetidas *ao regime de direito privado*. Quando, porém, atuam no exercício da função administrativa que lhes foi delegada pelo Poder Público, têm seus atos submetidos *in totum ao regime peculiar e próprio do Direito Administrativo*.

Em face do objeto do presente estudo, três princípios merecem especial destaque e exame: *os princípios da separação dos Poderes, da legalidade e do concurso público*.

Passemos então, a partir de agora, a analisá-los.

## *II. 2.1. O princípio da separação dos Poderes e o exercício da atividade notarial e de registro*

Ao final do século *XVIII* consagrou-se historicamente um novo modelo de Estado a que se convencionou chamar de “*Estado de Direito*”. Como nos ensinou em brilhante estudo o ilustre professor e parlamentar JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO “*rompendo com a estratificação jurídica feudal e respondendo aos anseios e às necessidades da florescente realidade ditada pela nova ordem econômica burguesa, esse novo modelo de organização foi estruturado a partir de*

---

*moralidade, publicidade e eficiência*”. Naturalmente, estes princípios regem não apenas a Administração Pública, mas também a função estatal que lhe é própria (função administrativa), independentemente de quem a exerça. E sendo assim, incidem também sobre o exercício da função notarial e de registro delegada pelo Estado a particulares.

Dentro desta perspectiva, a seguir, analisaremos o princípio do *concurso público* que se aplica tanto a investidura em cargos, empregos e funções públicas, como também para a efetivação da delegação para exercício da atividade notarial e de registro (arts. 37 II, e 236 da Constituição Federal).

*uma visão ideológica que colocava em relevo as idéias de 'igualdade', de 'liberdade' e de separação dos Poderes do Estado. Sua base de sustentação histórica, assim, teve forte lastro nos pensamentos de Montesquieu e Rousseau”*<sup>97</sup>.

A afirmação do *princípio da separação dos poderes*, pedra angular da concepção de *Estado de Direito*, remonta ao pensamento de Montesquieu, no seu clássico *L'esprit des lois*. Não que outros não tivessem refletido sobre a matéria, influenciando o pensamento do ilustre pensador francês<sup>98</sup>. Contudo, foi sob a pena deste autor que a proposta da *tripartição das funções estatais* acabou sendo admitida, a partir da sua consagração na Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, e pela Revolução de 1789, na França, como um verdadeiro dogma do constitucionalismo moderno. Foi nesta dimensão, aliás, que a própria *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, no seu art. 16, veio a afirmar que não teria Constituição a sociedade que não adotasse este princípio na sua própria organização estatal.

MONTESQUIEU, no “*O espírito das Leis*”, desenvolveu a sua teoria a partir da premissa de que a liberdade só é possível quando não ocorre o “*abuso do poder*”. Constata, todavia, que é “*uma experiência eterna que todo homem que possui o poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites*”<sup>99</sup> e que estes limites para o exercício do poder apenas podem ser fixados pelo próprio “*poder*”. Desse modo, para que o exercício do poder encontre limites, sustenta que é indispensável que a totalidade do poder do Estado não esteja concentrada nas mãos de uma única pessoa ou das mesmas pessoas. Afirma que tudo estaria perdido “*se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas entre particulares*”<sup>100</sup>.

Nasce com ele, assim, a idéia de que, no Estado, para que existam limites ao poder, devem ser criados três complexos orgânicos

<sup>97</sup> *A Discricionariedade e o Estado de Direito in Discricionariedade Administrativa*, coord. Emerson Garcia, *Lúmen Júris*, 2006, p. 44

<sup>98</sup> Citem-se aqui os nomes de ARISTÓTELES e LOCKE como autores que empreenderam importantes reflexões a respeito do tema.

<sup>99</sup> *O Espírito das Leis*, São Paulo, Martins Fontes, 1993, p. 173 (Livro XI, Cap. IV)

<sup>100</sup> *Op. cit.*, p. 172

distintos para o seu regular exercício. Um Poder deveria produzir *as leis* (o *Legislativo*), enquanto outro *as executariam* (o *Executivo*) e um terceiro faria *os julgamentos* necessários para a aplicação de sanções aos que as transgredissem (o *Judiciário*). Estes “*Poderes*” do Estado deveriam atuar com *autonomia e independência*, mas com plena *harmonia*.

Pode-se dizer, nessa medida, que a teoria da *tripartição dos Poderes do Estado* fundamenta-se, como bem ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA, em dois elementos: “(a) ‘*especialização funcional*’, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) ‘*independência orgânica*’ significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência dos meios de subordinação”<sup>101</sup>.

A experiência histórica nos mostrou, todavia, que embora os Poderes tenham sido concebidos teoricamente para o exercício das funções que lhes são *próprias ou típicas*, em decorrência da necessidade da sua “*independência orgânica*” ou de razões de “*conveniência política*” acolhidas pelo legislador, excepcionalmente, as Constituições acabam lhes conferindo o exercício de outras atribuições em caráter *impróprio* ou *atípico*. É assim, por exemplo, que se tem deferido ao Poder Legislativo e ao Judiciário o exercício de certas atividades de *execução da lei* (ou seja, atividades estritamente “*administrativas*”) que, em tese, seriam *próprias* ou *típicas* do Executivo (realização de concursos públicos para o provimento de seus cargos, de licitações e contratos para a aquisição ou obtenção de serviços indispensáveis às suas atividades, etc.). A regra, naturalmente, é o deferimento a cada Poder do exercício das funções que são a *raison d'être* da sua própria concepção ou existência (*funções típicas ou próprias*). Nada impede, contudo, que esta regra seja excepcionada com a atribuição de funções outras a quaisquer dos três Poderes do Estado (*funções atípicas ou impróprias*), de acordo com as definições assumidas pelo legislador constituinte.

Talvez seja desnecessário dizer que a atribuição de funções *atípicas ou impróprias* a um Poder do Estado, *apenas poderá ser*

<sup>101</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 109.

*admitida quando a Constituição vier a estabelecê-la de forma indubitosa. De fato, acolhido pela Constituição o princípio da separação dos Poderes, há que se entender que a diretriz normativa afirmada é a de que cada Poder deve forçosa e necessariamente realizar apenas as atividades que lhe são pertinentes. Somente diante de uma indiscutível diretiva normativa em sentido oposto é que deveremos seguir outra compreensão da matéria.*

Tomemos um exemplo. A Constituição Federal de 1988, após estabelecer que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito” (art. 1º), afirmou serem “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º). Assumindo a separação de poderes como um princípio central do nosso ordenamento jurídico, veio ainda a colocá-lo ainda na condição de ser uma verdadeira “cláusula pétrea”<sup>102</sup>. Isso, porém, não inibiu o legislador constitucional de que viesse a admitir, em casos excepcionais, o exercício de função legislativa atípica pelo Poder Executivo. Com efeito, admitiu a Constituição Federal em vigor a possibilidade de que o Congresso Nacional, dentro de certas condições, viesse a delegar a elaboração de leis ao Executivo (“leis delegadas” – art. 68 da C.F.) ou mesmo que o Presidente da República tenha competência para, em casos de urgência e relevância, firmar atos legislativos provisórios, com “força de lei” (“medidas provisórias – art. 62 da C.F.). Assim o fez, porém, por meio de normas que expressamente atribuíram função atípica (legislativa) ao Poder Executivo. Não existissem estas normas e jamais se poderia imaginar que, sem violação ao princípio constitucional da separação dos Poderes, pudesse o Executivo vir a exercer atos que por natureza se integrariam exclusivamente no exercício da atividade típica do Legislativo.

Donde de mais palavras não precisarmos para que possamos afirmar, em alto e bom som, que *somente poderão ser exercidas pelos Poderes funções atípicas ou impróprias se a Constituição, por norma excepcional, assim o admitir. Inexistindo norma que estabeleça tal possibilidade no texto constitucional, a função haverá de ser sempre realizada pelo Poder que tipicamente deve exercê-la,*

---

<sup>102</sup> O art. 60, §4º, III, da Constituição Federal determinou que “a separação dos Poderes” não poderá ser abolida por proposta de emenda ao texto da lei maior.

*seguindo-se a tradicional divisão de atribuições entre os três Poderes do Estado. Se o texto constitucional consagrou o princípio, somente ele, de forma explícita ou implícita, poderá excepcioná-lo.*

Esta conclusão, de obviedade cristalina, tem grande relevância no exame do problema da competência jurídica para a outorga do ato de investidura no exercício da função notarial e de registro. Deveras, a pergunta que nos é dirigida nesse momento é: *a que Poder do Estado compete a realização desse ato administrativo de outorga?* Descartada, *a priori*, a possibilidade de que fosse sustentável a tese de que o Legislativo pudesse vir realizá-lo, indague-se então com mais propriedade: que Poder do Estado recebeu, do texto constitucional, a competência administrativa para a sua prática: *o Executivo ou o Judiciário?*

Fossem notários e registradores servidores do Poder Judiciário, na ausência de qualquer norma constitucional em contrário, a resposta seria óbvia: o Poder Judiciário. Deveras, pelo *princípio da separação de poderes*, esta seria a única resposta possível. Ademais, no caso, se assim fosse, estes agentes públicos deveriam ser considerados ocupantes de “*cargos públicos*” vinculados a estrutura desse Poder, o que implicaria na incidência direta do disposto no art. 96, I, “*e*”, da Constituição Federal. De fato, determina, *in verbis*, este dispositivo constitucional, competir privativamente aos Tribunais o provimento “*por concurso público de provas, ou provas e títulos*”, dos “*cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei*”.

Já vimos, porém, que notários e registradores não são servidores públicos e por isso não ocupam cargos públicos vinculados à estrutura orgânica do Poder Judiciário. Exercem uma particular espécie de *função administrativa do Estado, por delegação, na condição de particulares em colaboração com a Administração*.

Ora, sendo assim, *se a natureza jurídica da atividade notarial é administrativa, naturalmente, na ausência de norma constitucional estabelecida em sentido oposto, ela deve estar tipicamente vinculada, sempre, na sua prestação delegada, ao Poder Executivo*. Com efeito, embora também não sejam

servidores públicos nomeados em cargos vinculados a estrutura desse Poder<sup>103</sup>, exercem notários e registradores a função que, por definição, é a este complexo orgânico atribuída. *Ressalvada a hipótese de existir norma constitucional em contrário, portanto, ao Poder Executivo deverá ser atribuída a competência para a outorga da delegação objeto da disciplina do art. 236 da Constituição Federal.*

E, diga-se em alto e bom som, *esta norma constitucional não existe*. Nada no texto da nossa lei maior, explícita ou implicitamente, sugere que a outorga da delegação a notários e a registradores deva ser realizada pelo Poder Judiciário. De fato, o único comando constitucional que existe é o de que o Poder Judiciário deverá ser responsável pela “*fiscalização*” dos atos praticados por esta particular espécie de agentes públicos (art. 236, §1º, da C.F). Nada mais que isso.

Em assim sendo, parece inimaginável e absurdo, com a devida vênia de eventual entendimento oposto, pretender-se extrair do texto da nossa lei maior qualquer diretiva no sentido de que pudesse vir a competir, no direito positivo brasileiro, ao Poder Judiciário, a competência para a outorga da delegação para o exercício da atividade notarial ou de registro. Notários e registradores não ocupam cargos públicos vinculados organicamente à estrutura desse Poder, não podendo ser vistos como servidores públicos. São delegados de função administrativa do Estado, ou seja, exercem função que é de *titularidade própria e típica do Poder Executivo*. *Agem, portanto, em nome, enquanto delegados, desse Poder.*

Ademais, pretender-se dar amplitude extrema à competência atribuída ao Poder Judiciário no art. 236, §1º, da C.F, para nela incluir, a prática do ato de outorga da delegação seria dar elasticidade absurda ao conteúdo do conceito de “*fiscalização*”. “*Fiscalizar*” é “*velar*”, “*vigiar*”, “*sindicar*” atos de “*outrem*”<sup>104</sup>. Ao se “*fiscalizar*” não se *substitui* a competência para a prática dos atos fiscalizados. “*Fiscalizar*” não é “*avocar*” ou “*delegar*”. “*Fiscalizar*” é “*velar*” (*antes*)

<sup>103</sup> Se fossem servidores dessa natureza, poderia ser invocado aqui o art. 84, XXV, que estabelece a competência privativa do Presidente da República para “*prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei*” (*grifo nosso*). Por óbvio, porém, não é o caso.

<sup>104</sup> Naturalmente, os próprios atos de *controle interno (fiscalização interna)* de um Poder sobre seus próprios atos são realizados por órgãos distintos de dentro do mesmo Poder. Fiscalizar é sempre um ato de exame que envolve entes distintos, por definição. A vigilância ou a sindicância dos atos de alguém por si mesmo, talvez só seja possível no âmbito das anormalidades psiquiátricas, particularmente da esquizofrenia. No direito, jamais.

ou “*sindicar*” (*depois*) a realização do ato objeto da ação que se fiscaliza. No ato de fiscalização se controla *a priori* ou *a posteriori* a regularidade da ação que se tem por objeto. Desse modo, quando a Constituição atribuiu ao Poder Judiciário a competência apenas para *fiscalizar* a atividade de notários e registradores, naturalmente, permitiu que em sentido estrito viesse este Poder apenas a “*sindicar*” os atos praticados por estes agentes públicos e, se admitida ainda esta competência em dimensão maior pela lei, pudesse vir a “*velar ou vigiar*” para que a sua investidura venha a ser sempre regularmente outorgada por quem de direito. Atribuir poder para que alguém exerça a atividade de “*fiscalizar*”, *obviamente, não significa atribuir poder para que o fiscal possa “substituir” a autoria dos atos de quem se fiscaliza. Fiscaliza quem não é titular do ato fiscalizado.*

Jamais se poderá, portanto, extrair do poder de fiscalização deferido ao Poder Judiciário, no art. 236, §1º, da nossa Carta Constitucional, a competência para a outorga da delegação a notários e a registradores. A outorga desta delegação poderá ser, quando muito, o “*ato fiscalizado*” na regularidade, na validade, da sua prática. Nunca o ato passível de ser realizado por aquele que fiscaliza<sup>105</sup>.

Donde concluirmos que: *na ausência de norma constitucional em sentido oposto, explícita ou implícita, resulta indubitado que a outorga da delegação a notários e registradores, na conformidade do estabelecido no art. 236 da Constituição Federal, deve ser considerado como ato administrativo típico e próprio do Poder Executivo. A lei ou mesmo um simples ato administrativo não poderão, sob pena de inconstitucionalidade manifesta, alterar esta realidade jurídica. Se assim o fizerem colidirão de forma aberta e escancarada com o princípio da separação dos Poderes consagrado na Constituição Federal (art. 2º).*

<sup>105</sup> Como se verá logo mais a seguir, nosso entendimento vai até o sentido de que, em querendo, o legislador poderia atribuir ao Poder Judiciário a possibilidade de realizar o concurso para a outorga da delegação. Afinal, como se verá, a fiscalização de um ato ou de um conjunto de atos pode ser *preventiva ou repressiva*. O concurso público não deixa de ser uma forma de fiscalização *a priori* do respeito ao princípio da isonomia na outorga da delegação a notários e a registradores. Por isso, admitimos a elasticidade do conceito de fiscalização fixado no art. 236, §1º, da C.F, até esta margem, considerando inclusive que ela já está bem esticada. Ir além, admitindo a possibilidade de que a própria outorga da delegação seja feita por este Poder é ir longe demais. Será desnaturar, por inteiro, o conceito de “*fiscalização*” indo muito além dos seus já estendidos limites.

Embora existam divergências a respeito, esta foi a posição assumida pelo próprio Poder Executivo quando da análise do projeto de lei que, ao ser sancionado com veto parcial, originou a Lei n. 8.935/94 (*Lei nacional dos notários e dos registradores*). De fato, o texto aprovado pelo Congresso Nacional, no seu art. 2º, dispunha que “os serviços notariais e de registro são exercidos, em caráter privado, por delegação do Poder Judiciário do Estado-Membro e do Distrito Federal”. Como ensina WALTER CENEVIVA “as razões do veto examinaram de modo correto a impropriedade do texto aprovado. O Poder Judiciário fiscaliza, mas não delega. A Carta, ao tornar expresso que a competência do Poder Judiciário é para a fiscalização – não acrescentando qualquer outra, que, aliás, também é estranha aos demais dispositivos constitucionais – estabeleceu, a fronteira para a intervenção da Magistratura nos serviços notariais e de registro, acrescida da verificação disciplinar que dela decorre” (grifo nosso)<sup>106</sup>.

Em boa apreciação constitucional, portanto, nenhuma dúvida pode existir: ao Poder Executivo compete o ato de outorga da delegação estabelecida no art. 236 da Constituição Federal. O Judiciário deve se limitar a fiscalizar esta outorga e os atos que integram a atividade objeto desta delegação, nos limites que a lei nacional vier a estabelecer, respeitados, naturalmente, os parâmetros firmados pelos próprios conceitos entronizados no texto constitucional.

## II. 2.2. O princípio da legalidade e o exercício da atividade notarial e de registro

Considerado como um princípio fundamental nos modernos Estados de Direito, o *princípio da legalidade* tem presença central no exercício da função administrativa, na medida em que, como disse DIÓGENES GASPARINI, “o princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda

<sup>106</sup> *Lei dos Notários e dos Registradores comentada (Lei n. 8.935/94)*, Saraiva, 5ª. Ed., 2006, p. 28



*a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular*<sup>107</sup>.

Deveras, o comando contido no art. 5º, II, da Constituição Federal, ao dizer que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, conforme pacificamente reconhecem constitucionalistas e administrativistas, tem distinta aplicação no mundo público e privado. No privado, ele implica que as pessoas podem fazer tudo o que quiserem, com ampla liberdade, desde que a lei não as proíba, uma vez que aqui se entende que *tudo que não é proibido é permitido*. No público, a matéria se apresenta em formulação rigorosamente inversa. Nele, na qualidade de executor da lei, o administrador só pode fazer o que a lei autoriza, de modo que para ele *o que não é permitido é proibido*<sup>108</sup>.

Este princípio, naturalmente, atinge não apenas a atuação de todos os órgãos e pessoas vinculados à Administração Pública, mas também a todos os que são chamados ao exercício da função administrativa, inclusive no exercício de atividades delegadas. É forçoso reconhecer, desse modo, como o fazem estudiosos pátrios e alienígenas, que “*l'exercice de la fonction administrative est domine par le principe fondamental de la légalité. Ce principe signifie que les autorités administratives sont tenue, dans le décisions qu'elles prennent, de se conformer à la loi ou plus exactement à la légalité, c'est-à-dire à un ensemble de règles de droit de ranges et de contenus divers, qui sont fonction, dans chaque cas, de la place et des competences de l'autorité administrative qui agit. (...) Ce principe concerne toutes les activités des autorités administratives...*”<sup>109</sup> (grifo nosso).

<sup>107</sup> *Direito Administrativo*, Saraiva, 11ª. Ed., 2006, p. 7 e 8.

<sup>108</sup> Como ensina HELY LOPES MEIRELLES “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”. (Op. cit., p. 88).

<sup>109</sup> André de Laubadère, Jean-Claude Venezia, Yves Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, L.G.D.J., Paris, 11ª. ed., 1990, Tomo I, p. 497.

A ninguém deve causar surpresa ou dúvida que o exercício da função notarial e registral está condicionado integralmente pelo *princípio da legalidade*. O cumprimento da lei é a razão primeira e última do exercício da função notarial e registral. É a *lei* que a outorga, no seu exercício, aos delegados. É a *lei* que define os limites dos seus deveres e dos seus poderes. É a *lei* que se busca satisfazer, como um *fim*, na sua prestação.

Donde, portanto, serem as funções notariais e registrais realidades, sob todos os seus aspectos, *indissociáveis da lei*. Tudo na prestação delegada destes serviços gira em torno da mais estrita dimensão da legalidade. A sua *ontologia* é de *execução da lei* (é *função administrativa*). A sua *delegação* a particulares é *imposta por lei* (art. 236 da Constituição Federal). A definição das suas *competências* é *definida por lei* (art. 236, §1º, da C.F., e legislação ordinária). A sua *prestação* em si é voltada teleologicamente ao *cumprimento* da lei (atividade que molda os atos privados para *adequá-los à lei*, no caso dos notários, e para lhes atribuir a necessária publicidade *exigida por lei*, no caso dos registradores). A sua *fiscalização* pelo Poder Judiciário se realiza ao amparo do que *estabelece e delimita a lei* (art. 236, §1º, da C.F., e legislação ordinária). Finalmente, a sua própria remuneração pela percepção dos emolumentos que lhes são pagos é *fixada por lei* (art. 236, § 2º, da C.F., e legislação pertinente).

Desnecessário será dizer, portanto, que quaisquer atos de regulação administrativa da atividade notarial e de registro *jamais* poderão disciplinar situações que não tenham amparo direto em texto de *lei*. Os atos administrativos são, por excelência, atos de execução da *lei*. Não podem produzir *inovações jurídicas primárias*. Sem lei, nada há a ser executado, regrado ou disciplinado por aquele que exerce a função administrativa. Isto se aplica, naturalmente, a quaisquer dos Poderes do Estado. O *princípio da legalidade* condiciona o exercício de toda a atividade administrativa do Estado, independentemente da autoridade que esteja constitucionalmente incumbido de realizá-la. Se o Executivo (no exercício de sua função *típica*) ou o Judiciário (no exercício de *funções administrativas atípicas*) pretenderem editar atos administrativos disciplinadores da atividade notarial e de registro que não estejam devidamente amparados em texto de ato legislativo, estarão violentando, às

escâncaras, o texto constitucional. A ofensa ao *princípio da legalidade* será indubitosa e manifesta.

### II. 2.3. O princípio do concurso público na Constituição Federal de 1988

Como uma decorrência direta dos princípios gerais que devem disciplinar a atuação da Administração Pública e o exercício da função administrativa do Estado, consagrou o texto da nossa Lei Maior o *princípio do concurso público* não só para o acesso a cargos e empregos públicos, mas como também para o exercício da função notarial e de registro. Partindo do pressuposto de que a função administrativa deve em todos os aspectos obedecer a premissa da *igualdade entre todos os administrados* que pretendam vir a exercer funções estatais,<sup>110</sup> veio a estabelecer, respectivamente, os artigos 37, II, e 236, § 3º, da Constituição Federal, que:

“art. 37. (...)

II. a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de

<sup>110</sup> É inegável que o concurso público, seja para a acessibilidade a cargos e empregos públicos, seja para o exercício da atividade notarial ou de registro, deve ser considerado como uma decorrência direta do *princípio da isonomia*. Isto porque, por meio do concurso público, se busca impedir preferências ou perseguições em relação a todos os administrados que pretendam exercer cargos e empregos públicos, ou ainda exercerem a nobre função pública de notários e de registradores.

Contudo, também não poderemos deixar de ponderar que este princípio também guarda intrínseca relação com os princípios da *impeccabilidade*, *moralidade* e *eficiência* previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. *Impeccabilidade*, porque, pelo concurso público, se busca assegurar que a escolha de pessoas para o exercício de função pública não se faça por critérios pessoais ou discriminatórios, mas em consideração objetiva da melhor aptidão apurada. *Moralidade*, porque, pelo concurso público, fica impossibilitada a escolha imoral de parentes, de apaniguados políticos, e de amigos que não possuam condições mínimas de exercício das competências administrativas. *Eficiência*, porque, finalmente, também pelo concurso público, ao se buscar a escolha das pessoas mais adequadas para o exercício das competências administrativas, certamente, passará sempre a ter a Administração melhores condições objetivas para uma atuação quantitativa e qualitativamente superior àquela que poderia ter se fossem adotados outros critérios de seleção de pessoal.

*acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (grifo nosso).*

“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” (grifos nossos).*

Desse modo, exige a nossa ordem jurídica que a ocupação de cargos e empregos públicos, bem como que o exercício da atividade notarial e de registro, seja realizado, *em regra*, por pessoas selecionadas por critérios objetivos de capacitação. Determina, assim, que se promova um adequado procedimento administrativo, aberto a todos, e realizado entre quaisquer interessados que atendam às exigências legalmente estabelecidas para o exercício da atividade funcional, objetivando a escolha de quem poderá ser provido no cargo, contratado no emprego, ou beneficiário da delegação para o exercício da função pública em questão. Deveras, como ensina magistralmente ADILSON DE ABREU DALLARI, o *concurso público* é um “procedimento administrativo aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção de pessoal, mediante a aferição de conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos, previamente estabelecidos no edital de abertura, de maneira a possibilitar uma classificação de todos os aprovados”<sup>111</sup>. É, portanto, um conjunto de atos administrativos que se destina a uma escolha isonômica e impessoal da pessoa que de modo objetivo melhor comprove a sua capacitação para o exercício de uma determinada competência administrativa. Força com isso o atendimento de padrões de estrita moralidade na escolha

<sup>111</sup> Regime constitucional dos servidores públicos, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 1990, p. 36

das pessoas que irão exercer atividades públicas, gerando maior eficiência na execução da lei e na prestação de serviços públicos.

Impende observar, todavia, que a expressão “*concurso público*” envolve a conjugação de duas palavras que claramente definem a essência do seu significado jurídico. A palavra “*concurso*” designa a idéia de um procedimento destinado a uma competição entre pessoas interessadas em um dado resultado ou benefício, e que, na conformidade de regras isonômicas preestabelecidas, será decidido por um critério impessoal que apontará, dentre os competidores, o vencedor. Já a palavra “*público*” representa um *acréscimo qualificador* à idéia de “*concurso*”.

Não é difícil perceber, pois, que um *concurso*, enquanto procedimento destinado à escolha entre interessados que competem entre si para a obtenção de um cargo, de um emprego ou de uma delegação de função pública, pode ser *público* ou *não*. Será *público* quando *aberto a toda a coletividade, admitida a possibilidade de fixação de critérios mínimos e gerais tidos como indispensáveis para o bom exercício da atividade*. Não será *público* quando, *aberto apenas entre a uma categoria predefinida e individualizada de pessoas, veda-se o acesso àqueles que não pertencem a esse restrito conjunto de cidadãos, mesmo que, eventualmente, possam vir a atender aos critérios mínimos exigidos para o bom exercício da atividade disputada*.

Assim, por exemplo, será um *concurso “público”* para o provimento de cargos de médicos, o procedimento seletivo aberto para *toda a coletividade*, que tenha como requisito mínimo estabelecido para a participação na competição, a exigência de que os interessados demonstrem ter concluído curso superior de medicina, e exercido a profissão de médico durante um determinado período-mínimo de tempo. Ao revés, será apenas um “*concurso*”, ou uma mera “*seleção competitiva restrita ou interna*”, o procedimento seletivo que, realizado para provimento de cargos de médico, seja aberto, apenas, entre servidores públicos providos em cargos de auxiliares de enfermagem e que sejam médicos. Nesse último caso, naturalmente, faltará a este *concurso* a dimensão de *universalidade* ou de *generalidade* que é própria apenas dos *concursos “públicos”*.

Vêm a calhar, pois, as palavras bem postas e iluminadas da ilustre jurista e Ministra CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, quando, em festejada monografia, sintetiza pensamento pacificamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência ao afirmar que o “*concurso público não se confunde nem se cumpre por seleção interna. Esta é a modalidade de avaliação e de escolha adstrita a servidores que compõem os quadros da Administração Pública ou os cargos de determinada carreira*”. (...) “*Há que ser ressaltada essa distinção entre concurso público – que é o processo constitucionalmente estabelecido para a escolha do melhor candidato a investir-se em cargo público – e o processo interno à Administração Pública e circunscrito aos servidores que a compõem e que se denomina ‘seleção competitiva interna’*”<sup>112</sup>.

De outras citações doutrinárias ou jurisprudenciais não necessitamos para a fundamentação desta constatação, em face da sua notória e indiscutível obviedade. Um *concurso público* sempre terá a dimensão de *universalidade*, de *generalidade*, de *abertura ampla para toda a coletividade*. Um *concurso* que não se reveste desta condição, e limita a sua convocação e abrangência apenas para uma categoria predeterminada e individualizada de agentes públicos preestabelecida, jamais terá a qualificação jurídica de “*público*”. Será apenas um procedimento seletivo restrito ou interno, ou um *concurso* de participação limitada, em que por critérios objetivos se buscará encontrar, dentre o restrito universo de eventuais competidores, os vencedores.

A partir destas premissas, passemos a analisar a imposição constitucional de realização de “*concursos públicos*” para o provimento de cargos públicos ou para a contratação de empregos públicos e para a outorga da delegação para o exercício da atividade notarial e de registro.

Iniciemos pela análise da imposição constitucional para a realização deste procedimento administrativo para o provimento de cargos ou de empregos públicos. Depois, analisaremos esta mesma imposição no campo da outorga da delegação para notários e registradores.

---

<sup>112</sup> *Princípio Constitucionais dos Servidores Públicos*, Saraiva, 1999, p. 202.

### II. 2.3.1. O princípio do concurso público para cargos e empregos públicos

No campo dos servidores estatais (servidores públicos em sentido amplo), ou mais propriamente da acessibilidade aos cargos e empregos públicos, o *princípio do concurso público*, como já referido e retratado acima, foi afirmado com grande rigor pelo texto do artigo 37, II, da nossa vigente Constituição. Rigor, aliás, superior ao que permeava o texto da nossa antiga Constituição.

Deveras, o artigo 97, § 1º, da Constituição antecedente<sup>113</sup>, ao disciplinar este mesmo princípio determinava que “a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei” (grifo nosso).

Como se observa, ao contrário do disposto no texto constitucional vigente, além de ser limitada esta regra unicamente a acessibilidade de cargos públicos, na medida em que não fazia qualquer menção aos “*empregos públicos*”, afirmava que apenas a “*primeira investidura*” dependia de concurso público. Ficavam, assim, irrestritamente liberadas desta exigência, pela Constituição de 1967, as denominadas “*investiduras derivadas*”, e se admitia implicitamente, com isso, a adoção de outros critérios, a serem estabelecidos por lei, para que estas investiduras fossem validamente realizadas. Apenas as *primeiras investiduras*, ou seja, as *investiduras originárias ou autônomas*, é que exigiam que o provimento do cargo fosse antecedido de prévio concurso público de provas ou de provas e títulos<sup>114</sup>.

<sup>113</sup> No texto original da Constituição Federal de 1967 esta regra estava inserida no art. 95, § 1º. Com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/69 é que passou para o art. 97, § 1º.

<sup>114</sup> Apenas para que inexistam quaisquer dúvidas acerca dos conceitos de provimento, investidura e suas particulares espécies, tratemos de fixá-los em consonância com a melhor doutrina.

Denomina-se *provimento* ao “*ato de designação de alguém para titularizar cargo público*”. Por sua vez, “*provimento autônomo ou originário é aquele que em que alguém é preposto no cargo independentemente de ter, não ter, haver ou não tido algum vínculo com cargo público. Vale dizer, o provimento não guarda qualquer relação com a anterior situação do provido. Por isso se diz autônomo ou, então, originário*”. Já “*provimentos derivados, como o nome indica, são aqueles que derivam, ou seja, que se relacionam com o fato de o servidor ter ou haver tido algum vínculo anterior com cargo público. Nele se radica a causa do ulterior provimento*”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso*, p. 293 e 294).

O provimento de um cargo público não aperfeiçoa a relação entre o Estado e o provido. Para que isso ocorra, deverá o provido tomar posse no cargo. Entende-se por posse “*o ato de aceitação do cargo e um compromisso de bem-servir e deve ser precedida por inspeção médica*” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso*, p. 193). Com a posse ocorre o aperfeiçoamento da relação funcional do provido com o cargo, e a

A Constituição de 1988 foi, porém, mais rigorosa. Estabeleceu, conforme se depreende da imediata leitura do seu texto que “a investidura” depende de aprovação em concurso público. Ou seja: *determinou que, em princípio, todas as formas de investidura – as originárias e as derivadas – dependem de concurso público.*

Aliás, dignos de serem aqui lembrados são os dizeres do saudoso constitucionalista CELSO BASTOS com quem tivemos a oportunidade e o privilégio de conviver na academia e na vida profissional. Afirmou o mestre que “a atual Constituição utiliza a expressão *investidura* para designar o ato de preenchimento do cargo ou emprego público. Não se fala mais, como ocorreu no passado, em primeira investidura para deixar certo que se cuida de todas as hipóteses em que se dá condição de ingresso no quadro de servidores públicos. Com esta ênfase na mera investidura, excluindo, pois, a referência tão-somente à primeira investidura, o Texto Constitucional quis, sem dúvida nenhuma, repudiar aquelas modalidades de desvirtuamento da Constituição anterior criadas por práticas administrativas, muitas vezes até com abono jurisprudencial, que acabavam por costear o espírito do preceito”<sup>115</sup>.

Com isso não se quer dizer, naturalmente, que ao adotar o princípio do concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos, o legislador constitucional não abriu nenhum tipo de exceção. *Várias exceções, explícitas ou implícitas, foram abertas pela própria Constituição a este princípio.* Desta forma, em diversos casos excepcionais, tanto em algumas formas de investiduras originárias como de derivadas, o provimento do cargo pode ainda, nos dias atuais, vir a ser, *legitimamente e em total consonância com o nosso direito positivo, realizado sem concurso público.* Necessidades administrativas e a total compatibilidade destas hipóteses

---

conseqüente “investidura” do servidor. Ensina, a respeito, MARCIO CAMMARROSANO que “o provimento diz respeito ao cargo, enquanto a investidura é concernente à pessoa. O cargo é provido, alguém é investido. A distinção decorre, portanto, do ângulo de observação: se tenho em vista o cargo, refiro-me ao provimento; se a pessoa que o titulariza, refiro-me à investidura” (*Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro, Ed. RT, 1984, pp. 25-26*)

Finalmente, observe-se que quando o provimento é *inicial*, ou seja, *original ou autônomo*, é usual denominar-se a investidura que dele decorre de *investidura inicial, original ou autônoma*. Quando, ao revés, o provimento é *derivado* costume chamar-se a investidura que dele decorre de *investidura derivada*.

<sup>115</sup> *Comentários à Constituição Federal, Saraiva, vol 3, tomo, III, 1997, p. 67.*



com os princípios da *isonomia*, *impressoalidade*, *moralidade* e *eficiência*, determinaram a admissibilidade destas situações no texto da nossa lei maior.

No que concerne às exceções abertas em relação aos provimentos geradores de *investiduras originárias*, bem ensina o ilustre Professor JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO que, em acréscimo à exceção estabelecida no próprio art. 37, II, para provimento, sem concurso público, dos cargos “*em comissão*”, declarados “*em lei de livre nomeação e exoneração*”, também devem ser citadas as seguintes hipóteses expressamente previstas no texto constitucional:

- a. a admissão de pessoal, estabelecida em lei, nos casos de ‘contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público’ (art. 37, IX, da CF);
- b. o provimento de cargos vitalícios de Ministros ou Conselheiros dos Tribunais de Contas (art. 73, § 2º, c/c. art. 84, XV e art. 75, todos da CF);
- c. o provimento de cargos de Ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 101, da CF);
- d. o provimento de cargos de magistrados nos Tribunais Superiores (STJ, art. 104; TST, art. 111, § 1º, e STM, art. 123, todos da CF);
- e. 1/5 dos cargos de magistrados de segunda instância (art. 94 da CF);
- f. o provimento de certos cargos de Ministros do TSE (art. 119 da CF) e de juiz do TER (art. 120 da CF);
- g. casos excepcionais em que as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) exploradoras de atividade econômica estejam liberadas deste dever em decorrência de que a exigência de concurso público frustraria ‘a necessidade de uma situação expedita inerente ao cumprimento de seus fins e requerida pelas circunstâncias do momento’ ou implicaria na perda da possibilidade de ‘admitir pessoal qualificado que não se interessaria em disputar concursos, por

*ser de pronto absorvido pela demanda do mercado (interpretação decorrente da análise sistemática dos arts. 37, II, e 173, § 1º, II, da CF);*

*h. aproveitamento no serviço público do 'ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas, durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei n. 5.315, de 12 de setembro de 1967" (art. 53, I, do ADCT da CF)".*

Muitas são, portanto, mesmo no âmbito dos provimentos iniciais ou autônomos, as exceções estabelecidas, pela nossa lei maior, ao princípio do concurso público consagrado no art. 37, II, do seu próprio texto.

Já no que concerne aos provimentos geradores de investiduras *derivadas*, é igualmente elucidativa a lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. Diz a ilustre administrativista, ao comentar o art. 37, II, da Constituição Federal que "*o dispositivo trouxe algumas inovações quando comparado com o art. 97, § 1º, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969*". Após afirmar que "*enquanto a norma anterior exigia concurso apenas para investidura em cargo público, a atual impõe a mesma exigência para cargo e emprego; só não faz referência à função, porque deixou em aberto a possibilidade de contratação para serviços temporários (art 37, IX) e para funções de confiança (art. 37, V), ambas as hipóteses sem concurso*", também pondera a mesma autora que "*enquanto o dispositivo anterior fazia exigência para a primeira investidura, o atual fala apenas em investidura, o que inclui tanto os provimentos originários como os derivados, somente sendo admissíveis as exceções previstas na própria Constituição, a saber, a reintegração, o aproveitamento, a recondução e o acesso ou remoção, além da reversão ex officio que não tem base constitucional, mais ainda prevalece pela razão adiante exposta*"<sup>116</sup>.

<sup>116</sup> Direito Administrativo, 20ª, ed., Atlas, São Paulo, p. 559. Devemos entender por reintegração "*o retorno do servidor ilegalmente desligado de seu cargo ao mesmo, que dantes ocupava, ou, não sendo possível, ao seu sucedâneo ou equivalente, com integral reparação dos prejuízos que lhe advieram do ato injurídico que o atingira. Tal reconhecimento tanto pode vir de decisão administrativa como judicial*".

Parece claro, assim, que o legislador constitucional, a exemplo do que fez com as investiduras originárias, *não fechou totalmente as portas para que algumas situações de investidura derivada pudessem ser legitimamente realizadas sem concurso público.*

Nesse sentido, aliás, tem sido torrencial a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Todas e quaisquer formas de investiduras derivadas afirmadas sem qualquer lastro constitucional explícito ou implícito passaram a ser tidas como inconstitucionais<sup>117</sup>. Dentre estas, cumpre destacar a denominada *transposição ou ascensão* que, por permitir que um servidor passasse para cargo de conteúdo ocupacional diverso daquele para o qual havia sido provido por meio de concurso público, veio a ser tido como uma forma de provimento que implicava em clara violação da regra consagrada no art. 37, II, da Constituição Federal<sup>118</sup>.

Merecem destaque, a propósito, os seguintes julgados de nossa Corte Suprema:

---

*Aproveitamento "é o reingresso do servidor estável, que se encontrava em disponibilidade, no mesmo cargo dantes ocupado ou em cargo de equivalentes atribuições e vencimentos incompatíveis" (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso, p.297). Promoção (ou acesso no estatuto paulista) "é forma de provimento pela qual o servidor passa para cargo de maior grau de responsabilidade e maior complexidade de atribuições, dentro da carreira a que pertence. Constitui uma forma de ascender na carreira" (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, op. cit., p. 561).*

Finalmente, cumpre observar ainda que para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO "a reversão era o ato pelo qual o funcionário aposentado reingressava no serviço público; podia ser a pedido ou ex officio, esta última hipótese ocorrendo quando cessada a incapacidade que gerou a aposentadoria". Acerca da reversão ex officio, em trecho subsequente, afirma ainda a mesma autora que a reversão ex officio continua admitida, a despeito da Constituição não contemplá-la expressamente, porque, "nessa hipótese, desaparecendo a razão de ser da inatividade, deve o funcionário necessariamente reassumir o cargo, sob pena de ser cassada a aposentadoria (art. 35, § 6º, do Estatuto funcional de São Paulo – Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968). O servidor reassume para completar os requisitos para a aposentadoria" (op. cit., p. 360)

<sup>117</sup> Como acertadamente reconhece MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO "deixaram de existir, com a nova Constituição, os institutos da readmissão, da transposição e da reversão, ressalvada, nesse último caso, a reversão 'ex-officio' " (...) "Readmissão era o ato discricionário pelo qual o funcionário exonerado e, segundo alguns estatutos, também o demitido, reingressava no serviço público" (...) "A transposição (ou ascensão, na esfera federal) era o ato pelo qual o funcionário ou servidor passava de um cargo a outro de conteúdo ocupacional diverso. Visava o aproveitamento dos recursos humanos, permitindo que o servidor, habilitado para o exercício de cargo mais elevado, fosse nele provido mediante concurso interno" (op. cit., p. 560)

<sup>118</sup> V. nota anterior.

*“Servidor Público. Ingresso em outra carreira sem o concurso público exigido pelo art. 37, II, da Constituição Federal. Esta Corte, a partir do julgamento da ADIn n. 231, firmou o entendimento de que, em face do art. 37,II, da Constituição Federal, estão banidas das formas de investidura admitidas pela Carta em vigor as formas de ingresso, sem concurso, em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE n. 1.637/11-1, rel. Min. Moreira Alves, informativo STF. N. 37)*

*“Não mais restrita a exigência constitucional à primeira investidura em cargo público, tornou-se inviável toda a forma de provimento derivado de servidor público em cargo diverso do que detém, com a única ressalva da promoção, que pressupõe cargo da mesma carreira; inadmissibilidade de enquadramento do servidor em cargo diverso daquele de que é titular, ainda quando fundado em desvio de função iniciado antes da Constituição. Votação: unânime. Resultado: conhecido e provido. Indexação. AD2549, servidor público, enquadramento, carreira diversa, concurso público, ausência, alegação, desvio de função, inconstitucionalidade (RE n. 209.174/ES, rel. Min Sepúlveda Pertence)*

*“O critério do mérito é aferível por concurso público de provas e títulos e, no atual sistema constitucional, indispensável para o cargo ou emprego isolado ou de carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese: para o de carreira, só se fará na classe inicial e pelo concurso de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subseqüentes que nela se escalonam até seu final, pois, para estes, a investidura se dará pela forma de provimento que é a promoção. Estão banidas, pois, as formas de investidura antes admitidas – ascensão e transferência -, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o*

servidor público ingressou por concurso. O preceito constitucional inserto no art. 37, II, não permite o aproveitamento, uma vez que nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira, sem o concurso público exigido (...)

(ADIn n. 402-6/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 24.5.2001, p. 24 – RTJ 165/684)

“O ingresso em cargo isolado ou cargo inicial de certa carreira deve dar-se obrigatoriamente por concurso público à vista do que dispõe o art. 37, II, da Constituição Federal, com a ressalva dos cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. O Supremo já proclamou, em mais de um juízo plenário, a inconstitucionalidade da ascensão funcional enquanto forma de ingresso em carreira diversa daquela que o servidor público começou por concurso”.

“A investidura em cargos ou empregos públicos depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, não havendo possibilidade de edição de lei que, mediante agrupamento de carreiras, opere transformações em cargos, permitindo que os ocupantes dos cargos originários fossem investidos nos cargos emergentes, de carreira diversa daquela para a qual ingressaram no serviço público, sem concurso público. ADIn n. 231-RJ (RTJ 144/24) (Pleno, Adin n. 1030/SC, rel. Min Carlos Velloso, j. em 22.8.19196 (Informativo STF n. 41)

Esta pacificada posição jurisprudencial ensejou a edição da Súmula n. 685, pelo próprio STF, que estabelece:

“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”

Podemos concluir, portanto, que o princípio do concurso público, embora adotado com grande rigor para a acessibilidade de cargos e empregos públicos, encontra várias exceções expressa ou implicitamente admitidas pelo texto da Constituição de 1988. Uma delas, ressaltemos, é a que decorre do provimento por *promoção* (ou acesso em certas leis da nossa Federação). Pensando no estímulo funcional do servidor, na sua progressão, e no bom exercício de competências administrativas mais complexas por aqueles que acumularam experiências funcionais anteriores, admitiu o legislador constitucional a existência de carreiras (conjunto de série de classes de cargos escalonada em decorrência do grau de responsabilidade e do nível de complexidade das atribuições funcionais). É que determina o próprio art. 39, Por isso, como estes, devem ser considerados apenas como particulares que atuam em colaboração com o Poder Público em decorrência de *delegação estatal* (art. 175 da Constituição Federal), I, da Constituição Federal<sup>119</sup> ao estabelecer que “a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará (...) a natureza, o grau de responsabilidade dos cargos componentes de cada carreira”.

Note-se que seria inadmissível a existência de uma “*carreira*” na Administração Pública, se os servidores não pudessem ser investidos nos cargos superiores *sem concurso público*. Deveras, conforme já salientado acima, um concurso é “*público*” apenas quando é aberto entre *quaisquer interessados* que atendam às condições legalmente estabelecidas pela lei para a ocupação do cargo. Um procedimento seletivo realizado apenas *entre servidores*, como visto, até poderá adequadamente ser conceituado como um *concurso*, mas não será jamais um “*concurso público*”.

Por isso, ao admitir a possibilidade de que os cargos públicos podem ser integrados em carreiras, de modo a que apenas servidores que

<sup>119</sup> Com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998

ocupavam cargos inferiores possam ser providos nos cargos superiores, numa perspectiva de evolução funcional posta dentro do mesmo campo de atribuições, o legislador constitucional admitiu implicitamente a possibilidade de uma forma de provimento derivado: a *promoção ou o acesso*. Esta forma de provimento pressupõe, naturalmente, que a investidura no cargo superior dependa da anterior relação daquele que será provido com a unidade de competência (*cargo*) escalonada em nível inferior.

Todavia, devemos ponderar que, como as carreiras sempre são definidas *dentro do mesmo campo de atribuição funcional*, a evolução constitucionalmente admitida foi estritamente esta. O provimento de servidores em cargos superiores de *atribuição diversa* daquele cargo que originariamente ocupa, sem realização de novo concurso público, foi tido como inconstitucional (*ascensão ou transposição*). De fato, nenhuma regra constitucional existe, implícita ou implicitamente, a amparar esta possibilidade.

Na verdade, a lógica de que partiu o legislador constitucional foi muito clara. Uma vez que no sistema que estabelece a nossa Constituição o ingresso no nível mais baixo das carreiras se dá por concurso público, se pressupõe que o provido em cargo ou contratado em emprego público, por ter prestado e sido aprovado nesse procedimento seletivo amplo para o exercício das suas atribuições funcionais, seja efetivamente capacitado para progredir e exercer competências mais complexas, desde que, claro, tenham estas uma relação de pertinência com aquele mesmo campo de atribuições. Deveras, o fato de alguém ser habilitado para um determinado campo de atividades funcionais (auxiliar de jardinagem, por exemplo), em nada autoriza que se deduza que esteja capacitado para exercer outro campo distinto de competências administrativas (ser advogado público, por exemplo). Admitir-se tal possibilidade será dar-se preferência indevida a alguém que não passou por um concurso público e não demonstrou sua capacitação para aquele campo de atividades, pelo simples fato de ter sido aprovado em outro procedimento seletivo público que avaliava diferentes aptidões ou diferente habilitação. Seria agir em detrimento daqueles que, na sociedade, podem vir desempenhar melhor as funções públicas, e favorecer, com acentuada dose de imoralidade, aqueles que, pelo mero fato de serem servidores públicos providos por concurso público em outras áreas, passaram a ter uma não isonômica reserva de mercado, para galgar novos

postos públicos de natureza distinta daquelas para as quais tinham demonstrado capacitação objetiva para exercer.

Esta foi, indubitavelmente, a premissa de que partiu o nosso legislador constitucional, ao vedar, em regra, no art. 37, II, a admissibilidade de todas e quaisquer formas de investidura derivada que não estivessem implicitamente previstas no texto constitucional.

Temos, pois, que para o acesso a cargos e empregos públicos, o princípio do concurso público foi estabelecido de forma *rígida* (em análise comparativa com as Constituições anteriores), mas não *absoluta*. Há exceções que, em plena compatibilidade com os princípios da Administração Pública, podem ensejar investiduras originárias e derivadas advindas de provimentos que não exigem, legitimamente, a realização prévia de concursos públicos de provas ou de provas e títulos.

Por fim, impende observar que para a realização de concursos públicos para provimento de cargos ou contratação de empregos públicos, o art. 37, II, da Constituição Federal admite que este procedimento administrativo possa ser realizado por meio de duas modalidades distintas. São estas: a modalidade de "*provas*" ou a modalidade de "*provas e títulos*".

Naturalmente, a escolha destas modalidades dependerá uma decisão *discricionária* do legislador ordinário ou, no seu silêncio, da própria Administração. Contudo, como afirmam REINALDO MOREIRA BRUO e MANOLO DEL OMO, no caso, "*o exercício da discricionariedade deverá ser realizado em atendimento ao princípio da razoabilidade, ou seja, a escolha pela realização do concurso de provas e títulos deve estar reservada a cargos que tenham atribuições de natureza mais complexa, e quanto mais titulado o futuro titular, maior eficiência será alcançada*"<sup>120</sup>.

<sup>120</sup> *Servidor Público, doutrina e jurisprudência, Del Rey. 2006, p.82.* É importante observar que esta discricionariedade na escolha da modalidade do concurso público a ser realizado para o acesso a cargos e empregos públicos é uma regra que comporta exceções. Afirmada como regra geral no art. 37, II, ela ainda é especificamente reproduzida para o "*provimento de cargos necessários à administração da justiça*" (art. 96, I, "e", da C.F.); o provimento de cargos dos serviços auxiliares do Ministério Público (art. 127, § 2º, da C.F.). Para o ingresso em certos cargos, todavia, o legislador elimina esta discricionariedade, estabelecendo que o concurso necessariamente será de "*provas e títulos*". É o que ocorre para o "*ingresso na carreira*" da Magistratura (art. 93, I, da C.F.), do Ministério Público (art. 129, § 3º, da C.F.), da Advocacia-Geral da



Por fim, impende observar que, no que concerne à realização de concursos fundados no art. 37, II, da Constituição Federal, *não existe qualquer dúvida quanto ao Poder competente para sua realização*. Naturalmente, *cada Poder deverá realizar seus próprios concursos para provimento de seus respectivos cargos e empregos*. Afinal, como sabido, para garantia do princípio da separação dos Poderes (art.2), Legislativo, Executivo e Judiciário deverão com autonomia cuidar da organização administrativa dos seus respectivos serviços. Desnecessário qualquer comentário adicional ou aprofundamento maior, pela sua própria obviedade, sobre essa conclusão.

### *II. 2.3.2 O princípio do concurso público para a outorga da delegação a notários e registradores*

Em situação semelhante, mas não idêntica à do artigo 37, II, da Constituição Federal, o art. 236 da mesma Carta também adotou o princípio do concurso público para *“o ingresso na atividade notarial e de registro”*. Conforme já se fez salientar anteriormente, de acordo com o que estabelece o § 3º deste dispositivo constitucional *“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 a abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”* (grifo nosso).

---

União (art. 131, § 2º, da C.F.), das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (art. 132, da C.F.), da Defensoria Pública (art.134, §1º, da C.F.), para o magistério público (art. 206, V, da C.F.). Observe-se ainda que, como demonstraremos a seguir, *para o ingresso* no exercício da função notarial e de registro, na conformidade do disposto no art. 236 da Constituição Federal, também não haverá a possibilidade de opção discricionária. O concurso público deverá ser realizado na modalidade de *“provas e títulos”* (art. 236 da C.F.).

A interpretação deste mandamento constitucional tem ensejado aguda polêmica.

Induvidosamente, da sua imediata leitura, parece resultar resulta claro que qualquer pessoa, para “*ingressar*” na atividade notarial ou de registro, precisa ser aprovada em “*concurso público*” na modalidade de “*provas e títulos*”. Algumas perguntas, porém, se projetam a partir desse entendimento imediato. Já vimos que a outorga da delegação compete ao Poder Executivo do Estado-membro, contudo, a quem *competirá* a realização deste concurso? A qual “*Poder*” do Estado? Ao próprio Poder responsável pela prática do ato de investidura, ou seja, o Executivo? Ou excepcionalmente poderá competir ao Judiciário? E mais: uma vez ocorrendo o “*ingresso na atividade notarial e de registro*” qual será a formatação que deverá ter o “*concurso*” para ingresso e remoção? Será obrigatoriamente um concurso de “*provas e títulos*” ou poderá ser um concurso só de “*provas*”, só de “*títulos*”, ou necessariamente de “*provas e títulos*”?

De pronto, analisemos a questão pertinente ao *Poder competente para a realização dos concursos para a outorga da delegação de notários e registradores*.

Segundo nos parece, *ao contrário do que ocorre com os concursos para provimento de cargos e empregos públicos e com a própria questão da outorga da investidura para notários e registradores, esta questão não está diretamente resolvida pelo texto da Constituição Federal*. Deveras, não nos parece difícil perceber a razão disso. Conforme já se fez acima observar, o art. 236 da Constituição Federal, no seu § 2º, estabeleceu que a “*lei*” deverá disciplinar as regras pertinentes a responsabilidade civil e criminal dos notários, registradores e de seus prepostos, bem como definir “*a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário*”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio anteriormente desenvolvida, se fossem notários e registradores autênticos *servidores estatais*<sup>121</sup> (“*servidores públicos*” no sentido amplo da expressão), isto é se ocupassem

<sup>121</sup> E expressão “*servidores estatais*” vem sendo utilizada corretamente por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 19, para designar todos os agentes públicos que, recebendo remuneração dos cofres públicos “*entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza política ou privada (autarquias, fundações,*

cargos ou empregos públicos junto a Administração Direta ou Indireta, mais uma vez, não haveria qualquer dúvida a respeito. De fato, a eles se aplicaria a observação já anteriormente feita a todos os concursos fundados no art. 37, II, da Constituição Federal. Por força do *princípio da separação de poderes* e pelo poder de *auto-organização* administrativa que cada Poder possui, Executivo, Legislativo e Judiciário, *per se*, realizam, respectivamente, os *seus* concursos para provimento dos *seus* cargos ou contratação dos *seus* empregos. E no caso, admitida a premissa, dúvida nenhuma se apresentaria quanto à necessária conclusão. Se fossem servidores estatais os titulares das serventias extrajudiciais notariais e de registro, naturalmente, seriam tidos como servidores integrados a estrutura do Poder Judiciário. Tudo estaria então resolvido. Por força do *princípio da separação dos poderes*, caberia exclusivamente ao Poder Judiciário a realização do concurso público para a investidura desta particular espécie de “servidores” nas suas respectivas delegações. Desnecessária seria qualquer disposição legal reguladora da matéria. Aliás, qualquer lei que se dispusesse a tratar diferentemente esta questão, também aqui, seria manifestamente inconstitucional, por ofensa direta ao art. 2º da Constituição Federal, na medida em que este consagra o princípio em referência.

Não é, porém, o que ocorre na realidade. Como já salientamos acima e voltamos mais uma vez a reiterar, amparados em farta argumentação doutrinária e jurisprudencial, *notários e registradores não são servidores estatais. Não são servidores públicos em quaisquer dos sentidos que possa esta expressão eventualmente vir a assumir dentre nós*. Pertencem a uma específica categoria de agentes públicos que, por definição, não integra a estrutura funcional central do Estado e do próprio Poder Judiciário. Ao revés: *são particulares em colaboração com a Administração que atuam sob delegação do próprio Estado*.

Não fosse assim, devemos ponderar em coerência com tudo o que acima já dissemos, teria sido franca estultice do legislador o estabelecimento, no art. 236, § 1º, da regra de que a “fiscalização” dos atos praticados por notários e registradores compete ao “Poder Judiciário”. Deveras, fossem notários e

---

*empresas públicas, e sociedades de economia mista), relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência” (op. cit., p. 246). Como observa o mestre, após esta alteração Constitucional a expressão “servidores públicos” passou a ser utilizada em sentido mais restrito pelo texto da lei maior, designando apenas os servidores estatais que mantém seus vínculos com as pessoas de direito público que integram a Administração.*

registradores verdadeiros “*servidores do Judiciário*” e, inexoravelmente, *estariam necessária e forçosamente submetidos ao controle interno desse Poder, pela própria natureza da sua vinculação funcional*. Nada precisaria restar consignado no texto da Constituição. A menção à fiscalização do Poder Judiciário às atividades dos seus próprios servidores, no âmbito do art. 236, § 1º, da Constituição Federal, seria assim um verdadeiro *non-sens*.

É forçoso reconhecer, pois, que esta menção constitucional se ajusta, em âmbito sistemático, por inteiro, à constatação de que notários e registradores não são servidores públicos (servidores estatais). Aliás, reconheça-se também que inclusive a reforça. *Exatamente porque notários e registradores não estão vinculados à estrutura centralizada de quaisquer dos Poderes é que se impôs ao legislador constitucional a necessidade de definir qual Poder teria por competência a fiscalização dos atos praticados por estes agentes públicos*.

Deveras, em tese, como é própria e típica do Poder Executivo a função administrativa do Estado (atividade dentro da qual se insere a prestação do serviço notarial e de registro), como já anteriormente salientado nesta manifestação opinativa, *no silêncio do texto constitucional*, seria a este mesmo Poder (o Executivo) *que haveria de competir a realização do procedimento de seleção, de outorga da delegação e de fiscalização direta e interna dos atos notariais e de registro*. Aos demais Poderes (Legislativo e Judiciário), restaria apenas a possibilidade da prática dos atos de *controle externo*, na mesma perspectiva em que ordinariamente podem atuar em relação a quaisquer atos de particulares em colaboração com a Administração (por ex: concessionários e dos permissionários de serviços públicos). O Judiciário apenas poderia controlar os atos de notários e registradores pelo exercício da sua função *própria ou típica*, ou seja, da *função jurisdicional ou judicial*. Só agiria quando provocado pelo exercício do direito de ação, desde que acionado por alguém legitimado a fazê-lo. Pelas vias administrativas, obviamente, nada poderia fazer.

Considerando a própria natureza da atividade realizada por notários e registradores, optou o legislador constituinte de 1988 por seguir agora outro caminho. Entendeu por determinar, de forma *atípica*, que o exercício da *fiscalização* desta

particular espécie de atividade administrativa deveria competir não ao Executivo, como seria de todo natural, mas ao *Poder Judiciário*. Não, claro, pelo exercício da função jurisdicional, *mas pelo exercício direto de função administrativa atípica ou imprópria*. Como bem ensina IVES GANDRA DA SILVA MARTINS “o aspecto, todavia, cujo esclarecimento justifica a redação é a indicação do órgão ou do poder fiscalizador, no caso o Poder Judiciário. Dessa forma, a lei definirá a forma de atuação do Poder Judiciário para que possa exercer esta fiscalização”. (...) Estando os trabalhos notariais vinculados à fé pública do direito, à garantia do cidadão, o Poder Judiciário é o indicado para fazer a fiscalização, visto que é o Poder que preserva o direito.” (...) Por esta razão é de se compreender seja o Poder Judiciário a fiscalizar e a necessidade de a Constituição Federal impor ao legislador ordinário a definição do Poder Competente para assim agir”<sup>122</sup>.

Vê-se, assim, que de acordo com o art. 236, § 1º, da Constituição Federal, determinou-se que a “lei” viesse a estabelecer o *modus* pelo qual o Poder Judiciário haveria de *fiscalizar* os atos praticados por notários e registradores no exercício regular de sua função estatal delegada. Evidentemente está aqui o legislador a se referir ao controle atípico que esse Poder deverá exercer, *pela via administrativa*, ao exercício da função notarial e registral delegada pelo Poder Público.

Mas também é forçoso perguntar: qual deverá ser efetivamente a extensão desta fiscalização? Qual a extensão que deverá possuir esse controle administrativo atípico? Quais atos a ele estarão submetidos? Será uma fiscalização administrativa *a posteriori* dos atos praticados, um controle *a priori*, ou ambos?

Respeitado o âmbito conceitual máximo do que se pode entender por uma “fiscalização”, à lei caberá definir o *modus* desta fiscalização, sentenciou o legislador constitucional. Remeteu, assim, a solução da matéria, para a *legislação ordinária*.

Desse modo, ao legislador ordinário, portanto, *discricionariamente*, mas dentro do âmbito admissível ao conceito de “fiscalização”, caberá regular esta matéria.

---

<sup>122</sup> Comentários à Constituição do Brasil, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, 9º volume, obs. ao art. 236, § 1º, Saraiva, p. 73

Donde não ter respondido o texto constitucional, em seus próprios termos, o problema da competência para a realização do concurso público para a investidura no exercício de funções notariais e de registro. A nosso ver, a realização de um concurso público pode, em compreensão ampla do conceito de "fiscalização", ser tida como um ato de controle administrativo prévio (fiscalização "a priori") da atuação de notários e de registradores. A definição foi remetida ao legislador ordinário. Discricionariamente, nos termos da Constituição, a ele foi deferida a possibilidade de atribuir a realização do concurso público para a outorga da delegação em questão tanto ao Executivo como ao Judiciário<sup>123</sup>.

Repita-se: "o legislador ordinário decidirá", determinou o legislador constituinte. Se houver por bem outorgar ao Executivo esta competência, estará seguindo a lógica geral do princípio da separação dos Poderes do Estado. Ao Judiciário pode deixar exclusivamente a prática de atos de controle *a posteriori* (repressivos) da atuação de notários e de registradores pelo exercício da sua típica (jurisdicional). Ou então, em tese, pode atribuir a este último Poder apenas a modesta possibilidade de examinar diretamente, pela via administrativa atípica, a lisura do procedimento seletivo realizado pelo Executivo. Nesse caso, pode outorgar ao Judiciário, um restrito campo de atuação de controle *a priori*, a ele deferindo a possibilidade de "homologar" o concurso (controle prévio de legitimidade). Nenhuma inconstitucionalidade haverá nisso. Será uma livre opção do legislador, inteiramente amparada na liberdade que a Constituição lhe atribuiu.

Ao contrário, se a opção for a outorga integral de competência ao Judiciário para a realização do procedimento seletivo, estará ampliando

<sup>123</sup> Como se observa, entendemos aqui que a realidade é muito diferente da que ocorre com a definição do Poder competente para a outorga da delegação. Como vimos, outorgar uma delegação notarial ou de registro não pode ser tido, mesmo em acepção ampla, como um ato de "fiscalização". Já a realização de um procedimento de seleção para a outorga da delegação, pode ser compreendida como a realização de um procedimento de "fiscalização prévia" do atendimento do princípio da isonomia para a outorga da delegação. É bem verdade, admitamos, que estamos aqui diante de uma compreensão amplíssima do conceito de "fiscalização". Mas, a nosso ver, ainda admissível dentro dos marcos deste conceito agasalhado pela Constituição, no âmbito do seu art. 236, §3º. Não deixa o concurso público de ser um procedimento de controle da lisura da outorga da delegação, em face dos princípios constitucionais vigentes, particularmente o da isonomia. Nesse sentido é que pode ser visto como um procedimento inserido numa ótica de "fiscalização" prévia da outorga da delegação e, por conseguinte, como instrumento de "fiscalização" da própria outorga da competência que será pressuposto de validade dos atos praticados por notários e registradores.

e concentrando o poder de fiscalização nas mãos deste Poder. A Constituição também será, nesse caso, inteiramente atendida<sup>124</sup>.

Por isso dissemos e agora repetimos que a definição do Poder competente para a realização dos concursos para a outorga da delegação a notários e registradores, nos termos do art. 236 da Constituição Federal, não foi definida pelo nosso legislador constitucional. *Atribuiu o nosso texto constitucional ao legislador ordinário competência discricionária para decidir acerca da questão. Embora o Poder Executivo do Estado-membro, pela própria Carta Constitucional em vigor, tenha assegurada a sua competência para a outorga do ato de delegação a notários e a registradores, a definição do Poder competente para a realização do concurso que deverá anteceder a esta outorga ficou ao encargo do legislador ordinário.*

Firmadas estas ponderações, passemos agora para a análise das demais questões acima indicadas. Os concursos para a investidura na delegação para o exercício da função notarial e registral haverão de ser realizados por qual *modalidade* de concurso? Será sempre um concurso de “*provas e títulos*” ou poderá ser apenas um concurso de “*títulos*”?

Os notários e registradores constituem uma categoria *sui generis* de agentes públicos que sempre deverá ser compreendida e analisada dentro das suas próprias especificidades e particularidades. Possui aspectos semelhantes à categoria dos servidores públicos, porque a delegação estatal que os investe no exercício da competência administrativa se dá, por concurso público, e em relação a pessoas físicas que exercem em seu nome próprio a função. Possui aspectos semelhantes aos concessionários e permissionários de serviços públicos porque também não são remunerados diretamente pelos cofres públicos, e não estão submetidos à relação de subordinação característica a que estão submetidos os servidores públicos (poder hierárquico). De outro lado, como já observado anteriormente, possuem também os notários e os registradores, aspectos que os diferenciam tanto da categoria dos servidores públicos, como da categoria dos concessionários e dos permissionários de serviços

---

<sup>124</sup> Foi o que de fato ocorreu, como demonstraremos a seguir, ao examinarmos a legislação ordinária federal que foi editada com o objetivo de atender ao disposto no art. 236, § 1º, da Constituição Federal.

públicos. São, aliás, possuidores de competências administrativas em decorrência de uma forma atípica de delegação de função pública.

Por isso, para a melhor definição de questões pertinentes ao regime jurídico de notários e de registradores, sempre que tivermos de recorrer à analogia para a melhor compreensão interpretativa de uma norma de direito positivo, ou mesmo para a supressão de lacunas constitucionais, deveremos agir com a máxima cautela exegética. Buscar, de modo dogmático, a analogia entre categorias funcionais que apenas em parte se assemelham, poderá, em alguns casos, ser um grave e desastroso equívoco hermenêutico. A analogia apenas pode ser adotada como uma forma de compreensão sistêmica de uma regra, ou como modo de auto-integração de um ordenamento jurídico, quando estivermos diante de situações semelhantes ou muito próximas. Buscar a analogia entre categorias que não se identificam, mas se aproximam ontologicamente, em questões ou aspectos em que as dimensões jurídicas de ambas são assimétricas, será um equívoco grosseiro e pueril em que os bons exegetas jamais poderão incorrer.

*Assim, em certos casos, a aplicação analógica de regras pertinentes aos servidores públicos em relação a notários e registradores poderá ser rigorosamente equivocada, e até absurda, e em outros, um método hermenêutico digno de aplausos. O mesmo se poderá dizer em relação a concessionários e permissionários de serviços públicos. Tudo depende da percepção prévia e adequada dos aspectos em que se identificam ou se diferenciam estas categorias de agentes públicos.*

No caso do ingresso na atividade notarial ou de registro, nos parece perfeitamente possível, *sob apenas alguns aspectos da matéria em exame*, a aplicação da analogia com o provimento de cargos públicos. Embora notários e registradores não ocupem cargos e nem sejam contratados em empregos públicos, a exigência da realização de concurso público para a “*investidura*” no exercício da função pública, traz grande proximidade (embora não identifique) às duas situações, e torna *a priori* admissível o emprego da analogia, em situações interpretativas que exijam um esclarecimento sistemático do exato conteúdo e sentido do comando contido no § 3º do art. 236 da nossa Lei maior. Por esta mesma razão, temos por inadmissível aqui a aplicação



de eventual raciocínio analógico em relação aos concessionários e permissionários de serviços públicos. Estes estão submetidos, em regra, à aprovação de prévia lei autorizadora e a realização de prévio procedimento licitatório para a celebração de seus respectivos contratos (art. 175, *caput*, da C.F.), o que os coloca distantes de notários e de registradores, em alguns aspectos pertinentes ao *modus* de outorga da sua delegação.

Assim, embora sem ignorar o tratamento específico da questão feito pelo nosso direito positivo constitucional em relação a notários e a registradores, é possível, com algumas óbvias ressalvas, a analogia entre alguns aspectos do procedimento de outorga de suas delegações e o provimento de cargos públicos, com o objetivo de melhor compreensão do disposto no art. 236, § 3º, da Constituição.

Estabelecida esta consideração preliminar, podemos adentrar diretamente ao núcleo das questões acima suscitadas. Terá o aludido dispositivo constitucional exigido que os concursos sejam sempre “*concursos de provas e títulos*”?

A mera leitura deste dispositivo constitucional nos revela a necessidade de procedermos, para a sua natural compreensão, à dissociação lógica do seu texto em duas normas ou comandos normativos distintos<sup>125</sup>. Para melhor compreensão do que ora se afirma, passemos a analisá-las separadamente.

Na primeira parte do § 3º do art. 236, temos descrita a norma que determina que o “*ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos*” (*grifo nosso*). O comando normativo é claro: quer a nossa lei maior que todas as pessoas que pretendam *originariamente* receber uma delegação para o exercício de funções notariais ou de registro sejam regularmente aprovadas em concurso público de provas e títulos.

<sup>125</sup> Não se pode confundir uma norma jurídica com um artigo ou parágrafo de um texto legislativo. A norma jurídica é uma unidade lógica, composta de uma *hipótese* (os fatos abstratamente descritos no mundo do *dever ser* que quando se verificam no mundo do *ser* propiciam a incidência da norma) e de um *preceito* (o comando que deve atuar sempre que se verifica a ocorrência dos fatos descritos na hipótese). Um artigo de um texto legislativo, ou um de seus parágrafos, não passa de ser apenas a mera *unidade redacional* em que se expressa um texto legislativo. Assim, um único artigo (*ou um único parágrafo*) pode expressar várias normas jurídicas, ou ao contrário, uma norma jurídica pode ser expressa por meio de diferentes artigos (*ou diferentes parágrafos*). Nem sempre, portanto, um artigo (*ou um parágrafo*) expressará uma única norma, ou uma norma será expressa por meio de um único artigo (*ou um único parágrafo*).

Dizem os nossos léxicos que “ingresso” significa “ato de ingressar ou entrar; introdução ou admissão; início, princípio, intróito”<sup>126</sup>. Logo, “o ingresso na atividade notarial ou de registro” significa a “entrada”, o “início”, a “admissão originária” de alguém no exercício desta particular espécie de função administrativa do Estado.

Note-se que aqui o legislador está disciplinando o *ingresso* na atividade notarial e de registro globalmente considerada, e não a atribuição de uma nova unidade de competência (serventia) que estava vaga para quem já tinha iniciado anteriormente o exercício desta mesma atividade. Fosse assim, e teria dito o legislador constitucional em assertiva direta que “o ingresso em serventias vagas se dará sempre por aprovação em concurso público de provas e títulos”. Não foi essa, porém, a determinação constitucional. O comando literal da nossa lei maior foi o de que o “ingresso na atividade”, ou seja, “o início do exercício da atividade” exigirá sempre aprovação em concurso público de provas e títulos. O que quer dizer que qualquer pessoa que ainda não tenha recebido originariamente uma delegação para o exercício de atividade notarial ou de registro, para que possa recebê-la, deverá ser aprovada em prévio *concurso público de provas e títulos*.

Se fizermos aqui uma adequada analogia com as formas de investidura em cargos públicos, poderíamos então classificar as delegações firmadas com base no art. 236 da Constituição Federal em duas distintas espécies: as delegações *originárias* e as *derivadas*. As *originárias* são aquelas em que a *outorga da delegação não se vincula a nenhum exercício de atividade notarial ou de registro anterior*. As *derivadas* são aquelas em que a *outorga da delegação pressupõe um anterior ingresso no exercício da atividade notarial ou de registro, e o seu regular exercício no momento da sua efetivação*.

Claro está, portanto, que a norma contida na primeira parte do § 3º do art. 236 se refere exclusivamente à *delegação originária*. É ela que, de acordo com este comando normativo, deverá ser submetida a prévio concurso público de *provas e títulos*. Disso, *data máxima venia*, ninguém poderá discordar, posto

---

<sup>126</sup> *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, 3ª, ed. Revista e atualizada, Editora Positivo, 2004.*

que caso assim não fosse seria incompreensível a norma descrita na segunda parte do §3º do art. 236, como se verá a seguir. E o “*avoir du bon sens*” é um imperativo impostergável em qualquer ato de exegese.

A segunda parte do § 3º do art. 236 da Constituição Federal abandona a disciplina da *delegação originária* da atividade notarial e de registro e passa a tratar do preenchimento de serventias vagas. E o faz estabelecendo a vedação de que qualquer serventia possa ficar vaga “*sem a abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses*”.

A compreensão exata do conteúdo jurídico dessa específica diretiva normativa exige agora uma análise mais detida. Cuidando da *vacância* das serventias notariais e de registro<sup>127</sup>, estabelece a norma em comento, a determinação temporal de que, ao ocorrer esta situação, em prazo não superior a seis meses, deverá ser aberto um procedimento seletivo destinado ao seu respectivo preenchimento. Este preenchimento, diz a mesma norma, poderá ser realizado de duas formas distintas: ou pela realização de um *concurso de provimento da serventia vaga* ou pela realização de um *concurso de remoção*.

Cumpra então, preliminarmente, que se indague: qual o significado que esta norma pretende atribuir às expressões “*provimento*” e “*remoção*”?

A palavra “*provimento*” é aqui, com a devida vênia, muito mal empregada pelo nosso legislador constitucional. Como sabemos, provimento é o ato administrativo pelo qual alguém é designado para titularizar um cargo público. E notários e registradores não são servidores públicos, e não ocupam cargos públicos, conforme reiteradamente já salientamos ao longo desta manifestação opinativa. Tem razão assim WALTER CENEVIVA quando afirma que “*chama-se provimento inicial o ato pelo qual o servidor é designado para o cargo público. Trata-se de termo mal empregado no dispositivo, pois o notário e o registrador não são providos em cargo*”

<sup>127</sup> A expressão serventia é utilizada pelo nosso legislador para designar a unidade de competência de funções notariais e de registro que devem ser titularizadas pelo notário ou pelo registrador. Corresponde, analogamente, ao cargo público, na medida em que este também é uma unidade de competência destinada a ser titularizada por um servidor público.

*público, mas recebem a outorga da delegação, como investidura que decorre da natureza da sua função de agente público”* <sup>128</sup>.

Reitere-se a pergunta: na medida em que a palavra “*provimento*” foge ao seu sentido jurídico doutrinário habitual e normal, no dispositivo constitucional em comento, em que sentido terá pretendido o legislador empregá-la?

Nosso ponto de vista se afirma na linha de que isso só poderá ser esclarecido se viermos a fazer o confronto terminológico e de conteúdo entre as expressões “*provimento*” e “*remoção*”, inseridas no mesmo dispositivo normativo. Ao buscarmos a fixação do sentido do que entendeu o legislador por “*remoção*”, poderemos delimitar com maior nitidez a expressão “*provimento*” que lhe é contraposta alternativamente, naquele específico contexto normativo.

Pergunte-se então agora: o que é “*remoção*”?

No sentido doutrinário habitualmente indicado para a expressão, *remoção* é a “*simples deslocação do servidor de uma repartição para outra, ou de um órgão para outro – dentro do mesmo Ministério (na órbita federal) – sem que haja mudança de cargo. Altera-se, apenas, o local em que ele servirá*” <sup>129</sup>. Nisto, aliás, difere a remoção da denominada “*transferência*”, uma vez que esta última é uma autêntica forma de provimento derivado que se realiza sem qualquer elevação funcional. Na “*transferência*”, ao contrário do que ocorre na “*remoção*”, o servidor muda de um cargo para outro, sendo exonerado do primeiro e provido no segundo.

Também aqui foi mal utilizada pelo legislador constitucional a expressão “*remoção*”. Conceito utilizado no campo dos servidores públicos acabou sendo introduzido, de modo acrítico, no campo pertinente aos

<sup>128</sup> Observe-se que nesta passagem o autor está comentando a regra inserida no art. 16 da Lei n. 8.935/94. Todavia, a crítica feita ao legislador ordinário é inteiramente aplicável ao legislador constitucional, uma vez que foi este último que originariamente empreendeu o equívoco terminológico (*Lei dos Notários e dos Registradores Comentada*, p. 149)

<sup>129</sup> CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, Revista dos Tribunais, 1991, p.38.

notários e registradores, sem maior precisão de significado<sup>130</sup>. Contudo, por uma aproximação analógica com o conceito próprio de “remoção” no campo dos servidores públicos, não parece difícil entender o que pretendeu dizer neste comando a nossa Lei Maior. “Remover” significa “mover de um lugar para outro”. No plano do exercício funcional de notários e de registradores, nessa medida, “remoção” só pode significar a mudança do titular de uma serventia para outra que esteja vaga. Ou seja: “remoção” é a passagem daquele que por concurso público já ingressou na atividade notarial ou de registro, para outra serventia distinta daquela que originalmente titularizava<sup>131</sup>.

A nosso ver, portanto, o conceito de “remoção” deve ser identificado no art. 236, § 3º, da nossa Carta Constitucional com a forma derivada de outorga de delegação a notários e a registradores. Quem estava numa dada serventia, mediante concurso, poderá ser removido para outra que se encontrava vaga. Este é o único sentido possível e admissível para a expressão *in casu*<sup>132</sup>.

Com isso, fica em muito facilitada a compreensão do sentido que pretendeu dar o legislador à palavra “provimento”, no

<sup>130</sup> Nesse aspecto concordamos com o ilustre colega LUIS ROBERTO BARROSO no parecer que ofertou à Associação dos Titulares de Cartórios (ATC) de São Paulo sobre a questão de se saber se o concurso de remoção previsto no art. 236, § 3º, da Constituição Federal poderia ser apenas de “títulos” ou teria de ser de “provas e títulos”. Afirmou o renomado publicista que “os termos empregados pelo constituinte no art. 236 foram utilizados um tanto atecnicamente. Com efeito, a interpretação sistemática do dispositivo, em conjunto com os demais princípios e regras constitucionais afetos ao tema, impõe sua compreensão de forma mais flexível, e não necessariamente no sentido técnico cunhado pelo direito administrativo. A questão não é complexa” (item 49). Acrescenta ainda a seguir que na regra constitucional em exame não seria correto atribuir à expressão remoção “o sentido técnico do direito administrativo, pois evidentemente o termo não foi empregado nesse contexto” (item 51).

<sup>131</sup> WALTER CENEVIVA define remoção como “o deslocamento do delegado, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de comarca, como se interpreta, acolhendo a boa norma subsidiária do art. 36 da Lei Federal n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.” O citado artigo 36 da Lei federal n. 8.112/90 diz que: “remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede”. Embora não nos pareça equivocada a definição apresentada pelo autor, a analogia com o plano dos servidores públicos parece ter inibido a formulação de uma identidade própria do conceito para o campo dos notários e dos registradores.

<sup>132</sup> Falamos de aproximação analógica com o sentido de remoção no campo dos servidores públicos, por razões óbvias. O servidor removido permanece titularizando o mesmo cargo e passa a prestar seus serviços em outra unidade administrativa. Há apenas uma mudança do órgão em que estava lotado o servidor para o seu exercício funcional. A correspondência exata desta situação, com o exercício da função notarial e de registro, é impossível. Não poderia o titular de uma serventia notarial ou de registro, permanecendo com a sua titularidade, ser removido para exercer sua competência em outra que estivesse vaga. Seria inconcebível esta situação. Por isso que, dentro de um critério de aproximação analógica, o que devemos entender por remoção, no campo que estamos analisando, é a passagem de um notário ou registrador para outra serventia distinta. É uma nova delegação que se efetiva, mas derivada da anterior. Seria, portanto, uma realidade talvez mais próxima da “transferência” do servidor público (de um cargo para outro) do que, propriamente, da “remoção”.

mesmo dispositivo constitucional. Se por “remoção” devemos entender a forma de delegação derivada no exercício da atividade de notários e de registradores, por “provimento” devemos entender a forma de delegação originária, ou seja, aquela que deve ser realizada sem que se pressuponha qualquer delegação anteriormente outorgada ao seu beneficiário.

Fica assim evidenciada a intenção do legislador constitucional, nesta regra disposta no art. 236, § 3º, da nossa Lei Maior: sempre que uma serventia ficar vaga, em prazo não superior a seis meses, deverá ser realizado um concurso para o seu preenchimento. Este concurso poderá ser aberto a quaisquer pessoas que atendam aos requisitos legalmente exigidos para o exercício da atividade notarial ou de registro (“concurso de provimento”, nos termos da Constituição, ou concurso para a efetivação de uma delegação originária, na expressão que nos parece tecnicamente mais acertada), ou poderá ser restrito exclusivamente àqueles que já exercem esta atividade (“concurso de remoção”, nos termos da Constituição, ou concurso para a efetivação de uma delegação derivada, na expressão que nos parece tecnicamente mais acertada)<sup>133</sup>.

Impõe-se agora a questão: qual espécie de “concurso” deverá ser realizada, nos termos do art. 236, § 3º, para o “provimento”? E para a “remoção”?

A resposta, no que concerne ao concurso de “provimento” é elementar e indubitosa. Sendo o provimento a realização da delegação da atividade notarial e de registro a título originário, e considerando-se o disposto na primeira regra descrita neste mesmo parágrafo, só poderá ser o “concurso público de provas e títulos”. De fato, se todo o ingresso na atividade notarial e de registro só pode ocorrer por meio desta particular espécie de concurso, inexistente qualquer possibilidade de

<sup>133</sup> Apesar das diferenças terminológicas, na essência, também aqui o nosso pensamento se harmoniza *in totum* com a manifestação opinativa de LUIS ROBERTO BARROSO acima referida. Afirmou o parecerista que “o termo remoção, no caso, foi empregado em contraste com a idéia de provimento inicial, a fim de identificar que, naquele caso, existiria uma relação anterior do indivíduo com o serviço público. Dito de outra forma: o § 3º do art. 236 da Constituição, ao diferenciar a forma de ocupação das serventias vagas em ‘provimento’ ou ‘remoção’, quer, na verdade, delimitar o universo de competidores admitidos no concurso público a ser realizado em cada caso. Se for hipótese de provimento, o acesso é permitido a todos aqueles que preenchem os requisitos do art. 14 da Lei nº8.935/94, independentemente de vínculo anterior com o serviço público notarial e de registro; na hipótese de remoção, o universo de competidores se limita aos titulares de serventias extrajudiciais que já exerçam a atividade há mais de dois anos”.

dúvida no caso. Somente o *concurso público de provas e títulos* poderá ser realizado para que se tenha o legítimo e válido “*ingresso na atividade notarial e de registro*” (“*provimento*”)<sup>134</sup>.

Já no caso do concurso de “*remoção*” a questão não se coloca de forma tão simplificada como em tese poderia parecer. A primeira vista, em leitura apressada do dispositivo, se poderia imaginar que a afirmação feita na primeira norma descrita no art. 236, § 3º, da Constituição Federal, de que a expressão “*o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos*”, seria aplicável também ao concurso de “*remoção*”. Esta leitura da norma, porém, é insustentável.

Dizemos isso porque, em primeiro lugar, é evidente que a expressão em referência tem por campo de abrangência literal apenas o “*ingresso*” na atividade notarial e de registro. E como já salientado, o “*concurso de remoção*” não visa o “*ingresso*” nessa atividade, mas apenas a realização de uma forma de *delegação derivada* que pressupõe uma disputa apenas entre notários e registradores que já tenham obtido anteriormente a *delegação originária* nos termos da lei.

Em segundo lugar, mesmo que assim não fosse, a realização de um “*concurso público*” é manifesta e indubitavelmente *incompatível* com a idéia de “*concurso de remoção*”. Já salientamos anteriormente que um concurso só será “*público*” quando o procedimento seletivo for *aberto à toda a coletividade, admitida a possibilidade de fixação de critérios mínimos e genéricos tidos como indispensáveis para o bom exercício da atividade disputada pelos interessados*. Ora, um concurso realizado apenas entre aqueles que já são notários ou registradores, assim, por definição, jamais poderá ser tido juridicamente como um verdadeiro “*concurso público*”. Será, indubitavelmente, um “*concurso*”, um “*procedimento seletivo interno*”, mas não “*público*”, no sentido jurídico adequado e próprio da expressão. Aliás, a afirmação de que o “*concurso de remoção*” teria que ser necessariamente “*um concurso público*”, ao implicar na formulação da expressão “*concurso público de remoção*,” gerará uma intransponível “*contradictio in adjectis*”. Sendo concurso de

<sup>134</sup> Observe-se que, aqui, ao contrário de que ocorre com o ingresso de servidores públicos, o texto da Constituição não admite exceções. O princípio do concurso público para a outorga da delegação originária é definido de forma absoluta.

“remoção”, realizado apenas entre notários e registradores, data máxima vênua, “público” não é.<sup>135</sup>

Em terceiro e último lugar, parece evidente que se pretendesse o nosso legislador que toda e qualquer serventia vaga fosse preenchida por meio de um “concurso público”, a vigente forma redacional do dispositivo jamais seria adotada. Bastaria afirmar, em uma única regra, por exemplo, que “a ocupação da serventia se dará sempre por concurso público de provas e títulos, a ser realizado em prazo nunca superior a seis meses do momento em que se der a sua vacância”, e o mandamento constitucional com tal conteúdo estaria rigorosamente estabelecido, sem maiores rodeios, redundâncias, ou dificuldades. Ao optar por uma forma mais complexa de redação (“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”), que logicamente engloba dois comandos normativos distintos (um para o ingresso e outro para a vacância de serventias), só podia ter o nosso legislador outra realidade em mente: queria admitir a possibilidade de uma forma de delegação derivada aos notários e registradores que fosse realizada por meio de um procedimento seletivo que, isonomicamente e de forma objetiva, viesse a garantir o acesso às serventias vagas aos mais capacitados. Por isso desmembrou o comando constitucional em duas normas distintas: uma determinando o concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade (concurso de

<sup>135</sup> Nisso somos levados a discordar do ilustre professor LUIS ROBERTO BARROSO quando, na bem talhada manifestação opinativa repetitivamente mencionada ao longo deste nosso modesto estudo, explicitamente parece adotar posição oposta. Afirma o mestre ao afirmar ser inconstitucional o art. 16 da lei n. 8.935/94 que: “o artigo pretende regulamentar o art. 236 da Constituição Federal, que, na esteira da orientação geral do constituinte acerca do postulado do concurso público – a saber: a de que a investidura em qualquer função pública, seja provimento inicial ou derivado, deve ser precedida de concurso público, salvo as exceções previstas no próprio texto constitucional-, impõe a realização de concurso público para o ‘ingresso’ na atividade notarial e de registro, seja na hipótese de ‘provimento’, seja na de ‘remoção’”. E em outra passagem: “... cada serventia extrajudicial é ocupada mediante delegação específica do Poder Público a um particular após a realização de concurso público, dê-se a ocupação por ‘provimento’ ou por remoção” (grifo nosso).

Não vemos como se possa falar de “concurso público por remoção”. Como o próprio parecerista admite em seu alentado estudo “na hipótese de remoção, o universo de competidores se limita aos titulares de serventias extrajudiciais que já exerçam a atividade há mais de dois anos”. Não será, portanto, um “concurso público” o procedimento realizado para o preenchimento de serventias vagas por remoção, mas apenas um simples “concurso”, ou na linguagem de CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, já anteriormente citada, uma mera “seleção competitiva interna” realizada entre aqueles que já possuem a condição de notários ou de registradores.



provimento); outra admitindo para a “remoção” (forma de *delegação derivada* constitucionalmente assegurada como exceção ao princípio do concurso público) a realização de um “concurso”, sem utilizar para a sua adjetivação a qualificação de “público”.

Temos, pois, como evidente que a expressão “concurso público de provas e títulos”, firmada na primeira norma estabelecida no art. 236, § 3º, não pode ser aplicada literal e incondicionalmente para a definição do conteúdo do “concurso de remoção” mencionado na segunda norma indicada neste mesmo dispositivo constitucional. E isto valerá tanto para a qualificação de ser este concurso “público”, como para a definição de uma de suas espécies que é a de ser de “provas e títulos”. A afirmação normativa da primeira regra, por tratar de hipótese diferente da delegação “por remoção”, não pode em nenhuma medida englobá-la.

Voltamos então agora, praticamente, ao mesmo ponto de que partimos algumas linhas acima. Dizemos “praticamente” porque, ao menos agora, temos ciência agora de que o art. 236, § 3º, da nossa lei maior, *per se*, não permite ao exegeta tirar qualquer conclusão acerca de que o concurso de remoção deva ser “público” e realizado obrigatoriamente pela modalidade de “provas e títulos”. Resta saber então se alguma outra razão de direito poderia levar a esta conclusão a partir de uma interpretação sistemática do nosso texto constitucional.

Alguns argumentos interessantes têm sido apresentados na linha de que, dentro de uma análise sistemática, a Constituição Federal imporá *in casu* a realização de um concurso de “provas e títulos” para a *delegação derivada* (por “remoção”), descartando qualquer outro *modus* de concurso (*procedimento de seleção competitiva interna*), em especial o de “títulos”. São estes, em síntese:

- a) só existiriam “duas modalidades de concurso aceitas pela Constituição, dependendo da função em cada caso”, que seria a de “provas” ou a de “provas e títulos”. Isto porque, “a expressão concurso de provas ou de provas e títulos é repetida na Constituição Federal praticamente todas as vezes em que o texto se refere a concurso público”. Assim, dentro de uma interpretação sistemática, a realização de um concurso público apenas poderia ser efetivada como uma opção

entre estas duas hipóteses, vedada a escolha de uma “terceira via” (por exemplo: modalidade “concurso de títulos”). A expressão concurso público “*inclui necessariamente ao menos uma etapa de provas, podendo ser organizado apenas em provas ou em provas e títulos*”<sup>136</sup>, uma vez que a expressão “concursos de títulos” não é admitida em um único dispositivo da Constituição Federal;

- b) a realização de um concurso apenas de “títulos” para a remoção de notários e registradores ofenderia aos princípios da *isonomia, impessoalidade, moralidade e da eficiência*<sup>137</sup>;
- c) a previsão de realização de concurso apenas de “títulos” subverteria todo o sistema constitucional, na medida em que este se encontra “*assentado na exigência de concurso de provas ou de provas e títulos, mas nunca no concurso apenas de títulos*(cf. CF/88, art. 37,II). Até porque o entendimento contrário implicaria em que para a “remoção basta a realização de um concurso, qualquer que seja a natureza dele. “Portanto, se é lícito o concurso de títulos, legítimo também seria um concurso de idade, de altura e até de beleza”;

Passemos então a analisá-los topicamente:

A) Não nos parece aceitável o argumento de que pelo fato da Constituição Federal só fazer referência explícita a concursos de “provas” ou de “provas e títulos” em diversos dispositivos, isto implicaria em que o “concurso de remoção”, (concurso para delegação derivada) previsto no art. 236, § 3º,

<sup>136</sup> Argumento desenvolvido por LUIS ALBERTO BARROSO no parecer anteriormente mencionado.

<sup>137</sup> Sustentando que um concurso de títulos implicaria na ofensa a estes princípios constitucionais, LUIS ROBERTO BARROSO argumenta que “a exigência constitucional da realização menos de uma etapa de provas durante o certame não é caprichosa ou aleatória. Em verdade, a submissão de todos os candidatos a uma mesma prova é o critério mais objetivo e isento que se conhece na avaliação da qualificação dos indivíduos, para fins de discriminação eficiente e isonômica entre eles. Cabe dizer: é o mais próximo que se conseguiu chegar da isonomia e impessoalidade indispensáveis ao procedimento, sob pena de violação aos princípios constitucionais que informa e, a um tempo, concretizam-se através do mandamento do concurso público. Por outro lado, a competição baseada em títulos é meio por demais falho de aferição de capacidade. É forma indireta de aferição, estática, votada para o passado”

da Constituição Federal, não pudesse jamais ser realizado sob a forma de concurso apenas de "títulos".

De fato, cumpre observar que sempre que a Constituição Federal faz referência a "concurso público", explícita ou implicitamente, a referência normativa indica tratar-se de "concurso público de provas" ou de "concurso público de provas e títulos". Da mesma forma, é correto afirmar-se que em nenhum momento a Constituição Federal faz referência a uma eventual admissibilidade de um "concurso público de títulos".

Por isso, somos obrigados a concordar que, no que concerne aos procedimentos seletivos denominados "concursos públicos", uma interpretação sistemática parece conduzir a uma vedação clara de que possa no nosso sistema constitucional existir um "concurso público de títulos". Subscrevemos, integralmente, esta tese.

Contudo, convém que venhamos a permanecer "au-dessus de la mêlée". A sistemática constitucional em vigor veda a realização "concursos públicos de títulos", e não, *data máxima vênia*, que "concursos que não são públicos" por serem meras "seleções competitivas internas" possam vir a ter esta formatação. Por isso, o argumento não se aplica ao "concurso de remoção" estabelecido no art. 236, § 3º, da nossa lei maior. Como já visto e reiterado, esse concurso não é, e nem nunca poderia ser, um "concurso público". Ele é um mero procedimento seletivo, realizado entre notários e registradores para a obtenção de uma "delegação derivada". E nas delegações derivadas, como nas investiduras derivadas no campo dos servidores públicos, inexistente a possibilidade lógica de se realizar concursos "públicos", no sentido próprio da expressão.

Não se aplica, portanto, *a priori* de qualquer tratamento legislativo ordinário da matéria, a vedação implícita à realização de concursos públicos "de títulos" aos concursos de "remoção" previstos no art. 236, § 3º, da Constituição Federal. Esta vedação se afirma – repita-se – apenas em relação aos "concursos públicos", e não para simples "concursos internos ao sistema notarial ou de registro para outorga de delegações derivadas", ou mesmo para os concursos internos da

Administração para a efetivação de investiduras derivadas em cargos públicos (*seleções competitivas internas*).

Seria ainda inaceitável o argumento de que a vedação da realização de concursos públicos “*de títulos*” deveria ser ampliada, por analogia, para alcançar obrigatoriamente todos e quaisquer concursos que objetivassem delegações ou investiduras “*derivadas*” admitidas pelo texto constitucional. A analogia deve ser buscada sempre que entre realidades semelhantes uma razão comum de tratamento normativo se imponha de maneira uniforme. Não é, em bom direito e em boa compreensão de fato, o que acontece aqui: Quando o legislador constitucional exigiu necessariamente uma fase de “*provas*” no concurso público, foi justamente para permitir uma avaliação, por este critério, de uma habilitação mínima para o exercício da função pública. O concurso público é aberto para toda a coletividade, e como tal, é correto, saudável e necessário que uma prova objetiva de conhecimentos se imponha para que um cabedal mínimo de informações técnicas básicas seja exigido daqueles que ingressarão originariamente no mudo administrativo para o exercício da função pública. Não é, todavia, o que ocorre nas “*delegações ou investiduras derivadas*”. Nelas, os eventuais candidatos já exercem a função pública, e assim, já se presumem habilitados para o exercício das funções que há algum tempo exercem. Exigir habilitação básica de quem já se pressupõe habilitado para continuar fazendo em outra unidade semelhante o que já faz há algum tempo, é, de certo modo, um *plus* de pouca ou nenhuma racionalidade.

Donde resultar descabida qualquer extensão analógica obrigatória do *modus* imposto pela Constituição para a realização de “*concursos públicos*” (“*concurso de provas ou de provas e títulos*”) para o “*concurso de remoção*” estabelecido no texto do art. 236, § 3º, da nossa lei maior. Se eventualmente for necessária a aplicação analógica de regras para os procedimentos destinados à efetivação da *delegação derivada da função notarial e de registro* (“*remoção*”), estas deverão ser as regras estabelecidas para a disciplina dos procedimentos de *investidura derivada* em cargos públicos admitidas pela Constituição, como ocorre com os procedimentos que propiciam a *promoção* de agentes públicos em suas respectivas carreiras. E como sabido, inexistente qualquer vedação constitucional para que possam ser realizados “*concursos internos de títulos entre servidores*” (*seleções competitivas*)

*internas.*) com o objetivo de se proceder à “*investidura derivada*” em cargos superiores

138

De fato, embora no sistema notarial e de registro não se possa falar da existência de carreiras, uma vez que inexistente qualquer escalonamento entre as diferentes unidades de competência, de modo a que pudesse ficar condicionado o acesso a uma serventia “*superior*” pelo exercício de uma prévia titularidade de uma serventia “*inferior*”, não se pode negar que existe alguma semelhança desta situação com a promoção no mundo dos servidores públicos (provimento do titular de um cargo inferior em um cargo superior de uma carreira). Em ambos os casos o que querem notários, registradores e servidores públicos é galgar situação funcional que lhes seja mais vantajosa do ponto de vista “financeiro”, do “status” funcional, ou as vezes até de “deleite pessoal”. Se assim não fosse não desejariam estes jamais passar de um posto a outro. Nisto a proximidade das situações justificadora da analogia.

Forçoso concluir, nessa medida, que da mesma forma que podem ser admitidos *concursos internos de títulos* para a promoção de servidores (*investidura derivada em cargos públicos*), não é vedada pela Constituição a possibilidade de *concursos internos ao sistema notarial e de registros* para a remoção de titulares de uma serventia para outra (*delegação derivada para uma serventia*), a ser realizado na modalidade de “*títulos*”. A situação, *in casu*, é de absoluta equivalência.

<sup>138</sup> É certa a observação de CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA acerca da inexistência de concurso público para as “*investiduras secundárias*” (“*investiduras derivadas*”), e a possibilidade da lei adotar, com autonomia, critérios para o estabelecimento de procedimentos seletivos internos de “*títulos*” para a sua efetivação. Pondera a ilustre magistrada da nossa Corte Suprema que para as *investiduras secundárias* não “se há de cogitar de concurso público”. E acrescenta que “*impedimento algum se tem, no caso, que haja a previsão regulamentar de deverem os candidatos que preencham os requisitos para a promoção ou a ascensão se submeter a concurso adstrito a eles, a fim de que, mesmo nessa circunstância, tenha-se a escolha daquele mais bem habilitado. A Constituição da República prevê tal ocorrência, deixando que a lei defina os requisitos para a promoção, um dos quais pode ser a aprovação em seleção a ser aperfeiçoada entre os servidores-candidatos que atendam aos pressupostos para a disputa. E, antecipando-se ao legislador ordinário, que tem a atribuição específica de minudenciar os casos e as hipóteses de promoção e ascensão no serviço público, estabeleceu a Constituição Federal, no seu § 2º do art. 39 (norma introduzida pela Emenda Constitucional n. 19/98), que as entidades federadas – ressalva feita ao Município – ‘manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira...’*. Tanto fica clara, então, a previsão constitucional da expressa forma de provimento derivado e *investidura secundária em cargo público quanto o resguardo da definição legal dos requisitos para que tanto possa dar-se em cada caso*” (*Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, p. 206) (grifo nosso).

B) É insustentável a tese de que um concurso de títulos para a remoção de notários e registradores, na conformidade do estabelecido no art. 236, § 3º, da Constituição Federal, seria ofensivo aos princípios da *isonomia*, *impessoalidade*, *moralidade* e *eficiência*.

De imediato, é forçoso reconhecer que se o julgamento de candidatos por “títulos” for imoral porque implica em favorecimentos não isonômicos, ofensivos a impessoalidade, imorais e propiciadores de ineficiência, os próprios concursos de “provas e títulos” seriam maculados pelos mesmos vícios. Afinal, nestes concursos, *o julgamento dos títulos interfere diretamente no resultado final*, e por si só, sua influência, pode permitir que alguns possam vir a ter acesso a cargos e a delegações, enquanto que outros podem ser afastados dessa mesma possibilidade pela simples apreciação dos seus “títulos”. Se um concurso em que se aprecia, para fins de aprovação e classificação, exclusivamente, os “títulos de um candidato”, implica em ofensa direta a todos estes princípios, por que este mesmo fato também não inquinaria de vícios, em igualdade de condições, um concurso de “provas e títulos”?

Este questionamento nos parece, *data máxima vênia*, irrespondível. Se correta fosse a tese sustentada, qualquer apreciação de títulos, em qualquer concurso, inclusive o de “provas e títulos”, haveria de ser rejeitada de plano. E sendo assim, a única espécie de concurso isonômico, pessoal, moral e capaz de produzir a eficiência administrativa seria o de “provas”.

A contradição desse ponto de vista, portanto, é flagrante, e nos traz à mente a elegante ironia cravada pela cáustica pena de ANATOLE FRANCE, em *Crainquebille*, quando afirmou que “... nous apellons immoralité toute morale qui n'est pás la nôtre...”<sup>139</sup>.

Fosse realmente ofensiva à isonomia, à impessoalidade, à moralidade e à eficiência a apreciação de “títulos” em um concurso, ao menos dentre nós, esse argumento não poderia ser tomado como propiciador de inconstitucionalidade, uma vez que a própria Constituição a admitiu nos concursos públicos de “provas e títulos”. Poder-se-ia reprovar a nossa lei maior e propugnar por

<sup>139</sup> Em tradução livre: “... nós chamamos de imoralidade toda moral que não é nossa”.

uma mudança. Sustentar, todavia, que um concurso que adotasse tal critério, puramente ou seguido de prova, seja inconstitucional, salvo melhor juízo, seria inadmissível.

Ademais, a idéia de que um concurso de "provas" é sempre o adequado para se aferir, em qualquer caso e circunstância, a melhor qualificação para o exercício da função pública, não passa de ser uma assertiva retórica. Será que o tempo que uma pessoa emprega em cursos de especialização, mestrados, doutoramentos, concursos para livre-docências, é sempre menos relevante que um conjunto de respostas dadas a um universo de perguntas pré-selecionadas pelo elaborador de uma prova objetiva? Será que o tempo de exercício de uma atribuição, de comando de unidades funcionais, deve ser tido como insignificante diante das respostas dadas em uma prova direcionada para um conjunto parcial de conhecimentos teóricos? Será que uma prova sempre mede, com rigor absoluto e sem desvios, a efetiva aptidão pessoal de alguém para um dado exercício funcional?

Em sendo favorável as respostas, que nos seja permitido abusar um pouco da ironia, o melhor seria pensar em introduzir novos modelos de gestão administrativa não só em nosso país, mas em todo o mundo. Generais no Exército, Brigadeiros na Aeronáutica e Almirantes na Marinha, por exemplo, haveriam de ser escolhidos para os seus postos, especialmente nas guerras, por meio de provas objetivas abertas entre quaisquer soldados. Se nunca tiverem comandado, feito cursos ou participado de treinamentos especiais, isso seria, dentro dessa ótica, absolutamente irrelevante. Afinal, "títulos" não demonstram a capacitação de uma pessoa, de acordo com esta especial forma de ver a realidade da vida. O importante para a busca da eficiência seria sempre uma pessoa ter tido uma boa soma de pontos numa "prova". Aliás, soubessem disso os ingleses, e com certeza teriam aberto um concurso de provas para a escolha do general que enfrentaria Napoleão Bonaparte, o imperador francês, reconhecidamente um dos maiores gênios militares da história. E, ao ver dos que sustentam este ponto de vista, seguramente, não teriam esperado tanto tempo para derrotá-lo em Waterloo... Por que então não modificar a nossa Constituição, e fazer-se também a escolha dos Ministros da nossa Suprema Corte por uma prova objetiva nacional aberta entre todos os bacharéis de direito, ignorando-se a titulação individual capaz de conferir a alguém, ao longo de toda uma vida, a qualificação de ser possuidor de

um “*notório saber jurídico*”? Não será a “*prova*” o único procedimento isonômico, impessoal, moral, capaz de propiciar a absoluta eficiência no exercício de qualquer função pública? Não será então o currículo de uma pessoa, suas experiências funcionais, enfim a “*titulação*”, algo desprezível, insignificante, dentro dessa ótica, para medir sua aptidão para a ocupação de uma unidade de competência destinada ao exercício da função pública?

De muita reflexão e ironia não necessitamos para fazer ruir o uso retórico da idéia de que o exame de títulos, em qualquer circunstância, é indevido, inconveniente ou inoportuno para uma apreciação objetiva da melhor capacitação para o exercício de uma função pública.

Donde ser inaceitável, portanto, o ponto de vista que sustenta a inadequação e a impropriedade jurídica e fática do critério de julgamento por “*títulos*” em um concurso de seleção interna, seja isoladamente ou em conjunto com provas, tanto no âmbito do quadro dos servidores públicos, tanto no âmbito do sistema notarial e de registro.

Não temos, pois, absolutamente nenhum temor em afirmar em alta voz que nenhuma ofensa, *a priori*, trará a adoção de um concurso de títulos para a remoção prevista no art. 236, § 3º, da Constituição Federal, considerando-se os indigitados princípios constitucionais. Um concurso de *títulos* pode ser tão isonômico, tão impessoal, e tão fundado na moralidade administrativa como um concurso de *provas*. E em certos casos muito mais apto a definir um perfil de pessoa mais capacitado para o exercício de uma dada função pública especial que um concurso de provas, puro e simples.

C) Inexistirá qualquer subversão do sistema constitucional com a eventual admissibilidade de um concurso de títulos para a remoção prevista no art. 236, § 3º, da Constituição *Federal*. Subversão existiria, indiscutivelmente, se fosse esse concurso um autêntico “*concurso público*” aberto a toda a coletividade. Contudo, como já salientado, ele assim não se define, na medida em que é um concurso interno ao sistema notarial e de registro, aberto exclusivamente entre aqueles que já se encontram investidos na titularidade de serventias (*delegação derivada*). Nosso sistema



constitucional, reconhecida e indiscutivelmente admite para as formas de provimento derivado, situações que independem de necessário concurso em que exista uma etapa de "provas". Isto ocorre não só para os servidores públicos em geral, mas também para a Magistratura e para o Ministério Público, na medida em que se determina por imperativo constitucional, para estes últimos, a promoção e o acesso por critérios de "antiguidade e merecimento" (art. 93, II e III, e 129, § 4º da C.F.).

*Inexiste no nosso sistema constitucional, portanto, um princípio, uma diretiva, uma orientação, ou mesmo uma simples regra especial, que obrigue a realização de concursos em que exista uma etapa de "provas" para quaisquer das formas de investiduras derivadas em cargos públicos admitidas pela nossa lei maior. Se a aplicação da analogia, no caso, é correta, por que haveria de ser diferente então para a realização da delegação derivada a notários e a registradores ("remoção")? Não há nenhuma razão jurídica, com a devida vênia, que sustente essa compreensão.*

Ademais, causa-nos espécie a assertiva de que "se é lícito o concurso de títulos, legítimo também seria um concurso de idade, de altura e até de beleza" deduzida na ação declaratória de constitucionalidade que trata dessa matéria. A tal questionamento, poderia ser argumentado, na mesma linha retórica que "se é lícito o concurso de provas e títulos, também seria lícito um concurso de "provas e idade", de "provas e altura", e de "provas e beleza". Ao uso retórico do questionamento, se devolve o uso retórico da resposta. Armas de igual calibre se neutralizam na produção da névoa retórica que, muitas vezes, turva a melhor compreensão do fenômeno jurídico.

Todavia, o que mais chama a atenção no argumento que ora buscamos refutar, reside na aparente confusão que produz entre a possibilidade de adoção jurídica, *em tese*, de um "concurso de títulos" para a remoção de notários e registradores, e a adoção de critérios não isonômicos "para o julgamento de determinado e específico concurso de títulos". Da mesma forma que em um caso concreto, um concurso por títulos pode implicar na adoção de critérios ofensivos a isonomia, a impessoalidade e a moralidade, um concurso da mesma natureza pode ser perfeitamente realizado sem a ofensa a quaisquer destes princípios. Um concurso por

títulos não é “*em si*” ofensivo a estes princípios, uma vez que é perfeitamente possível que os critérios definidos para o seu julgamento sejam estritamente adequados a estes mandamentos constitucionais. O mesmo, aliás, se poderá dizer, até mesmo, de um concurso de “*provas*”. É possível que um procedimento seletivo dessa natureza, em dadas situações, também possa violar estes mesmos princípios, uma vez que inexistente concurso que seja *a priori* imune a quaisquer formas de desvios ou de irregularidades<sup>140</sup>. Logo, eventuais vícios que possam vir a ocorrer na realização de concursos de provas, de títulos, ou de provas e títulos, não se relacionam diretamente com a espécie de procedimento seletivo adotada, mas com desvios que podem ocorrer no caso concreto, e que como tais, devem ser combatidos também “*in concreto*”, e não pela vedação “*em tese*” do que, em si mesmo, e *in abstracto*, como violador de qualquer princípio não é.

Vêm a calhar aqui as bem postas ponderações firmadas por REINALDO MOREIRA BRUNO e MANOLO DEL OLMO, quando demonstram que os problemas que eventualmente podem vir a ocorrer em um concurso de títulos, se prendem não a situações que decorrem da natureza do critério julgamento adotado, mas de desvios que podem ocorrer, de fato, em casos concretos. Com efeito, afirmam que “*o cômputo de títulos em concurso público é matéria que tem causado certa controvérsia, levando o Judiciário a manifestar-se quanto a previsões editalícias de concurso público que afrontam aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade. (...) “Ainda tratando do permissivo constitucional que admite a realização de concursos de provas e títulos, cumpre observar que os títulos podem constituir-se, via de regra, em instrumento de manipulação de concursos, quer para privilegiar quer com o fato de promover perseguições. (...) Diante do caráter discricionário da elaboração do edital e na atribuição de pontuação nos títulos, novamente a razoabilidade torna-se o grande instrumento limitador de abusos e que permite o controle da Administração, no sentido de evitar desvio de poder (...) A análise da razoabilidade implica verificar a adequação do título considerado e o exercício das funções atribuídas ao cargo em disputa, ou seja, há de existir uma efetiva e necessária correlação entre o título e as*

<sup>140</sup> Imagine-se, por exemplo, um concurso de “*provas*”, em que no exame oral (que ainda hoje são admitidos em certos concursos, como nos que se realizam para ingresso na Magistratura e no Ministério Público) sejam feitas aos candidatos perguntas de complexidade diferente. Será um típico caso em que haverá, nessa particular espécie de concurso, uma violação escancarada aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade.

*atividades a serem exercidas pelo futuro servidor, sob pena de constituir-se em desvio de finalidade.*"<sup>141</sup>

Nota-se, portanto, que não se pode ter o concurso de títulos como um procedimento que *per se* viole princípios constitucionais de qualquer natureza. O que pode ocorrer é que, em casos concretos, a violação destes princípios possa vir a se materializar, por equívocos jurídicos, ou mesmo por má-fé, daquele que promove o concurso. Isso, todavia, não serve para que se sustente que, sempre e em qualquer caso, um concurso que propicie o julgamento de títulos será constitucionalmente inadmissível. Da mesma forma que o descumprimento de uma norma legal não a torna inconstitucional, a realização ilícita ou imoral de um concurso de títulos não o torna uma modalidade de procedimento seletivo ofensiva à Constituição.

Diante de todo o exposto, dúvidas não podem existir de que nenhum argumento de direito digno de aplausos e reverências se projeta na linha de que se tenha por vedada, em tese, a possibilidade de que o concurso de remoção previsto no art. 236, § 3º, da Constituição Federal possa ser realizado pela modalidade de "títulos". *Tudo dependerá da lei que disciplina a matéria. Terá total liberdade o legislador de estabelecer a espécie de concurso que julgar mais apropriada para a realização da delegação derivada da atividade notarial e de registro.* Poderá adotar um concurso de provas, um concurso de títulos ou um concurso de provas e títulos. Para o legislador constitucional será rigorosamente indiferente a solução firmada. Ao deixar de firmar uma posição explícita ou mesmo implícita a respeito, outorgou ao legislador ordinário a necessária discricionariedade para o tratamento da matéria.

Naturalmente, a mesma solução não se impõe para os concursos públicos exigidos para o ingresso na atividade notarial e de registro ("*concurso de provimento*"). Dentro do estabelecido no art. 236, § 3º, da nossa Lei Maior, nesse caso, o caminho imposto pelo legislador constitucional é único. Exige-se aqui, obrigatoriamente, que o concurso público seja "*de provas e títulos*".

---

<sup>141</sup> *Op. cit.*, p. 82 e 83

## II. 3. A EFICÁCIA DO ART. 236, §3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A NECESSIDADE DA SUA REGULAMENTAÇÃO LEGAL

Tem sido um problema recorrente no direito constitucional moderno o estabelecimento de classificações acerca da eficácia das normas constitucionais.

A mais tradicional das classificações remonta ao direito norte-americano, tendo sido proposta por THOMAS M. COOLEY<sup>142</sup> e seguida, no Brasil, por RUY BARBOSA. Esta classificação distingue apenas dois tipos de normas constitucionais quanto aos seus efeitos: as “*auto-executáveis*” (“*self-executing*”, “*self-enforcing*” e “*self-acting*”) e as “*não auto-executáveis*” (“*not self-executing*”, “*not self-enforcing provisions*” ou “*not self-acting*”).

As *auto-executáveis* são aquelas que se caracterizariam por serem preceitos constitucionais completos, na medida em que não requerem nenhuma complementação por lei infraconstitucional. “*São mandamentos constitucionais para os quais não será necessário designar uma autoridade, nem indicar processo especial. São disposições onde o direito instituído já contém em si os meios de execução, por serem exequíveis ‘proprio vigore’. Por dispensarem quaisquer leis suplementares, têm aplicação imediata nos casos a que se referem*”<sup>143</sup>. Desse modo, como dizia Ruy Barbosa, as normas *auto-executáveis* são aquelas em que “*não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar nem indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação*”<sup>144</sup>.

Por sua vez, normas *não auto-executáveis* são aquelas que exigem ação legislativa infraconstitucional para sua real efetivação, somente podendo ser executadas após esta complementação. Em outras palavras, são as que “*não se revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que*

<sup>142</sup> *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative Power of the States of the American Union*, Boston, 1903.

<sup>143</sup> MARIA HELENA DINIZ, *Norma Constitucional e seus efeitos*, 7ª. ed., Saraiva, 2006, pp. 106 e 107.

<sup>144</sup> *Comentários a Constituição Federal Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1933, p. 488.

*outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a exercerem*"<sup>145</sup>

Em síntese, portanto, como afirmou COOLEY "pode-se dizer que uma norma constitucional é auto-executável, quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou de executar o dever imposto; e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a estes princípios vigor de lei"<sup>146</sup>

Várias classificações doutrinárias se projetaram a partir dessa, tanto no direito pátrio como no alienígena. Em algumas se partirá de critério classificatório distinto, como por exemplo, ocorre na classificação também desenvolvida no direito americano entre as "mandatory provisions" (prescrições mandatórias, que são as normas constitucionais materiais e essenciais, tidas como de cumprimento irrecusável) e as "directory provisions" (prescrições diretórias, que são as normas constitucionais que, não sendo essenciais, permitem ao legislador tratamento diferente da matéria)<sup>147</sup>. Em outras, se seguirá a mesma espinha dorsal da classificação tradicional exposta, mas se utilizará outras denominações (como é o caso da proposta por PONTES DE MIRANDA que prefere a utilização das expressões "normas bastantes em si" e "normas não bastantes em si"<sup>148</sup>) ou se fará o desdobramento do critério classificatório em outras categorias além das duas originais (como se verifica na classificação proposta por VEZIO CRISAFULLI que ao fazer a classificação das normas

<sup>145</sup> RUY BARBOSA, *op. cit.*, p. 489

<sup>146</sup> *Apud* RUY BARBOSA, *op. cit.*, p. 495.

<sup>147</sup> Interessante classificação foi apresentada por parte da doutrina italiana, tentando combinar a tradicional classificação das normas constitucionais em *auto-executórias* e *não auto-executórias* com esta. Assim, ofertaram classificação que distinguia as normas constitucionais em: a) *diretivas ou programáticas* (normas dirigidas ao legislador sem excluírem a possibilidade de existirem leis editadas em desacordo com elas); b) *preceptivas obrigatórias e de aplicabilidade imediata* (normas que modificariam ou ab-rogariam leis anteriormente editadas que estivessem em sentido contrário ao que dispõe); c) *preceptivas obrigatórias mas sem aplicabilidade imediata* (normas que invalidariam novas leis que eventualmente com elas colidam, mas que não alcançam as leis anteriormente editadas enquanto a sua aplicação estiver suspensa).

<sup>148</sup> *Comentários à Constituição de 1946, Rio de Janeiro, 1947, vol I, p. 85.*

constitucionais em normas de *eficácia plena e de imediata aplicação* e normas de *eficácia limitada*, divide estas em normas de *legislação e programáticas*<sup>149</sup>).

Dentre nós, sem sombra de dúvida, a mais conhecida e referida das classificações foi a produzida por JOSÉ AFONSO DA SILVA em monografia magistral<sup>150</sup>. Segundo o ilustre constitucionalista, seriam três as categorias classificatórias das normas constitucionais quanto a sua eficácia, a saber:

a) as normas de “*eficácia plena*” que seriam aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição “*produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto*”<sup>151</sup>. Por isso, possuem “*aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica*”<sup>152</sup>. Seriam, em síntese, normas constitucionais “*completas*”, entendendo-se por esta “*a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta*”, ou seja, quando a sua regulamentação normativa é “*tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente, ao interesse descrito na norma*”<sup>153</sup>.

b) as normas de “*eficácia contida*” que seriam “*aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas*

<sup>149</sup> Normas de legislação, ao ver do autor, seriam as insuscetíveis de aplicação por razões técnicas, sendo alusivas a uma normação futura regulamentadora dos seus limites. Já as normas programáticas seriam “preceptivas, sem bem que se dirijam diretamente aos órgãos estatais, principalmente ao Legislativo” (Cf. MARIA HELENA DINIZ (Norma Constitucional e seus efeitos, p. 108).

<sup>150</sup> Aplicabilidade das normas Constitucionais, Malheiros, 7ª, ed. 2008,

<sup>151</sup> Aplicabilidade das normas Constitucionais, op. cit., p. 82. O conceito fornecido pelo autor, em outra passagem do seu estudo é o de que estas normas são “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente quis regular” (p.101)

<sup>152</sup> Op. cit., p.83.

<sup>153</sup> Op. cit., p. 99.

enunciados”<sup>154</sup>. Seriam, assim, normas “*de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade*”<sup>155</sup>. Embora solicitem a intervenção do legislador, fazendo expressa remissão a uma legislação futura, o objetivo desta intervenção será a possibilidade de *restrição* da plenitude da sua eficácia. Por isso, “*enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena*”<sup>156</sup>;

c) as normas de “*eficácia limitada ou reduzida*” que seriam aquelas “*que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado*”. Seriam, nesta medida, normas de “*aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*”, porque somente incidem totalmente sobre os interesses objeto da sua regulamentação jurídica “*após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtem efeitos não essenciais, ou melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes*”<sup>157</sup>. Seriam, por sua vez, classificadas em “*normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo*” e em “*normas definidoras de princípio programático*”. Entende-se por “*normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo*” as normas constitucionais “*através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuição de órgãos, entidades ou institutos para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei*”<sup>158</sup>. Já “*as normas definidoras de princípio programático*” são “*aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos por seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado*”<sup>159</sup>.

<sup>154</sup> *Op. cit.*, p. 116

<sup>155</sup> *Op. cit.*, p. 83

<sup>156</sup> *Op. cit.*, p. 104

<sup>157</sup> *Op. cit.*, pp. 82 e 83.

<sup>158</sup> *Op. cit.*, pp. 126.

<sup>159</sup> *Op. cit.*, p. 138

Várias classificações, com vantagens e com desvantagens, foram ofertadas por autores brasileiros a partir da proposta de classificação apresentada por JOSÉ AFONSO DA SILVA. Dentre as quais, devem ser destacadas as interessantes classificações propostas por CELSO BASTOS E CARLOS AYRES BRITTO<sup>160</sup> e MARIA HELENA DINIZ<sup>161</sup>.

Não nos cabe aqui, naturalmente, aprofundar a discussão acadêmica da matéria. Embora tenhamos observações críticas à proposta classificatória apresentada por JOSÉ AFONSO DA SILVA, para fins do presente estudo a adotaremos nas suas linhas mestras. Na essência, ela atende por inteiro, às necessidades que temos para o exame da matéria objeto deste tópico da presente manifestação opinativa.

Considerando esta proposta classificatória, por oportuno, indaguemos agora quanto a questão em apreço: que espécie de norma constitucional será a inserida no art. 236, §3º da Constituição Federal? Uma norma de *eficácia plena, de eficácia contida ou de eficácia limitada?*

A resposta nos parece óbvia. Vimos em tópico próprio deste estudo que, ao prever o *concurso* como procedimento obrigatório para a outorga da delegação de serviço notarial e de registro, o nosso legislador constitucional deixou várias questões em aberto para serem decididas pelo legislador ordinário<sup>162</sup>. Ao contrário do que fez no art. 37, II, da Constituição Federal, ao estabelecer o princípio do concurso público para a ocupação de cargos e empregos públicos, não exauriu o legislador constitucional a regulação necessária para a *aplicabilidade direta, imediata e integral* do objeto por ela regulado (outorga da delegação originária e derivada).

De fato, como salientado anteriormente, *não estabeleceu o Poder que poderia ter a competência para realizar o concurso público para a outorga da delegação originária ou o "modus" de realização do concurso para a outorga da delegação derivada*. Que Poder do Estado poderia realizá-los? O Executivo ou o Judiciário? Até o advento da Lei n. 8.935/94 isto permaneceria sem definição. Do

<sup>160</sup> *Interpretação e Aplicabilidade das normas constitucionais*, Saraiva, 1982, p. 62

<sup>161</sup> *Norma Constitucional e seus efeitos*, p. 112 e segs.

<sup>162</sup> *V. item 2.2.2., supra.*



mesmo modo, deixou a Constituição sem qualquer definição *a priori*, a forma pela qual deveria ser realizado o concurso para a outorga da delegação derivada (*remoção*). Concurso de provas e títulos ou concurso de provas? Uma lei se afirma como exigida para esta definição.

Além disso, a exigência inovadora de concurso para a outorga da delegação derivada (*remoção*) colocou a necessidade de que se atendessem previamente *novas condicionantes* normativas que remanesceram em aberto no texto constitucional. Qual o critério que deve ser estabelecido para que certas serventias sejam submetidas a concurso para delegação originária ou derivada? Quais as condições efetivas para que um notário ou registrador viesse a disputar o concurso para a obtenção de uma nova delegação por outorga derivada (*remoção*)? O art. 236 nada disse diretamente. Ao contrário, deixou claro que uma lei deveria regular as "*atividades*" de notários e registradores, disciplinando "*a fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário*" (art. 236, §1º, da CF). Explicitamente, portanto, *remeteu ao legislador ordinário o tratamento da matéria*.

Não se diga aqui que meros atos administrativos poderiam ser suficientes para regulamentar satisfatoriamente estas questões, em complementação direta ao texto constitucional. Lembremos que, dentre nós, vige o *princípio da legalidade* (art. 37, *caput*, c/c art. 5º, II, da CF). Nenhuma destas matérias poderia deixar de ser tratada por lei.

Logo, devemos ter por indubitado que o princípio do concurso estabelecido no art. 236, §3º, da Constituição Federal, para a outorga da delegação, originária ou derivada, a notários e registradores, é norma não *auto-executável* (*not self-executing*) ou, na classificação proposta por JOSÉ AFONSO DA SILVA, *norma de eficácia limitada*. Sua regulação previa apenas e tão somente, em face destas questões em aberto, uma *aplicabilidade direta, imediata e integral* do princípio que estabelecia. Trata-se, aliás, de típico caso de "*norma constitucional de princípio institutivo*", onde o legislador constitucional se limitou a estabelecer o instituto do concurso ("*público*", para a outorga da *delegação originária*, e "*não público*" para a outorga da *delegação derivada*) para que um particular pudesse a receber a outorga da delegação para o exercício dos serviços notariais ou de registro.

Disso se extrai a conclusão inexorável de que este princípio não poderia ser exigido, na sua incidência, antes do advento da lei referida no art. 236, §1º, da Constituição Federal.

Não podemos deixar de observar que, com esta posição estamos contrariando a posição de alguns e seguindo caminho inverso ao afirmado em alguns julgados. Isto, porém, de fato não nos deve atemorizar. Há uma razão para que isso ocorra.

Conforme fizemos questão de afirmar e reafirmar na primeira parte deste estudo<sup>163</sup> há muito vem predominando uma profunda confusão entre nós acerca da natureza jurídica da função realizada por notários e registradores. Aliás, só mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal começou alterar a sua posição no sentido de entender que estes *agentes públicos* não são "*funcionários públicos*" ou "*servidores públicos*" (*em sentido estrito ou amplo*), mas verdadeiros "*particulares em colaboração com a Administração Pública*". Esta confusão, a nosso ver, embaralhou em muitos aspectos a compreensão do regime jurídico aplicável a notários e a registradores. E um destes aspectos, segundo pensamos, foi a compreensão de que o princípio do concurso público quando aplicado a ocupação de cargos e empregos públicos teria a mesma dimensão de quando aplicado a especial categoria de agentes públicos de que estamos tratando.

Deveras, não há que se confundir o princípio do concurso público, na forma em que foi estabelecido no art. 37, II, da Constituição Federal, para a investidura de *servidores públicos*, com a maneira pela qual veio a ser disciplinado, pela mesma lei maior, nos termos do seu art. 236, §3º, para a outorga da delegação de serviços notariais e de registro. No caso do art. 37, II, indiscutivelmente aqui, a norma não é, em princípio, *de eficácia limitada*. Aqui a norma é de "*eficácia contida*", ao menos para a realização de concursos públicos entre brasileiros. Isto porque, tudo que é necessário para a regulação desta matéria, na própria norma constitucional, resta contido. A própria exigência de que os requisitos para a ocupação de cargos e empregos seja estabelecida por lei (art. 37, I, da C.F.), apenas existe para que o âmbito de incidência da norma seja *restringido* pelo legislador ordinário sempre que julgar

---

<sup>163</sup> V. item I. 1, *supra*.

conveniente e oportuno. Enquanto a lei não estabelecer requisitos especiais para a ocupação de certos cargos ou empregos, eles continuarão a ser “*acessíveis aos brasileiros*” em geral, sem qualquer distinção. Ou seja: pode a lei restringir o acesso a certos cargos a alguns brasileiros. Se não existir esta lei, a regulação está dada de pronto: *todos os brasileiros poderão vir a disputar concursos públicos para se tornarem servidores públicos.*

Donde ser de “*eficácia contida*” a norma estabelecida no art. 37, II, da Constituição Federal, quanto a realização de um concurso público entre brasileiros. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, no âmbito dos seus respectivos Poderes poderão realizar concursos públicos para provimento de cargos ou preenchimento de empregos públicos, mesmo sem que qualquer lei disponha a respeito. Basta que os cargos ou empregos existam para que um simples ato administrativo (edital) possa convocar e realizar o processo seletivo exigido constitucionalmente<sup>164</sup>.

Note-se, todavia, que mesmo nesta norma existe um elemento de *eficácia limitada*, como salienta o próprio JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>165</sup>. Um concurso público para a ocupação de cargos ou contratação de empregos que admitisse a presença de brasileiros e estrangeiros dependeria de previa lei que admitisse o acesso destes últimos. Sem esta lei, este concurso público não poderia ser realizado.

<sup>164</sup> Diz o próprio JOSÉ AFONSO DA SILVA que o caso é de norma de “*eficácia contida*”. São suas as palavras ao exemplificar este particular tipo de normas: “*do mesmo tipo, aliás, é a regra da primeira parte do art. 37, I, com redação da EC-19/98 que dispõe: os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei*”, assim como os estrangeiros, na forma da lei. A própria Constituição prevê alguns requisitos, como aprovação em concurso público – o que antes de constituir uma restrição, na verdade é uma garantia de oportunidade para todos. No direito administrativo brasileiro há leis que dispõem sobre requisitos para concorrer a cargos, empregos e funções públicas, conforme autoriza o texto constitucional em tela. Mas, supondo que determinado Município não tenha lei própria que estabeleça requisitos de acessibilidade aos cargos públicos municipais, isso não impede a aplicabilidade daquela garantia constitucional funcional, pois a regra é plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata. A lei prevista na primeira parte do inciso questionado não tem por objeto dar-lhe aplicabilidade – que ele já possui por si-, mas objetiva o estabelecimento de restrições à sua eficácia. Já é diferente a segunda parte do dispositivo (“*assim como aos estrangeiros, na forma da lei*”). Aqui o direito de acesso dos estrangeiros não decorre imediatamente da norma, porque depende da “forma da lei”, ou seja, sem que essa lei venha o estrangeiro não tem direito ao acesso ao cargo, emprego ou função pública. Aqui sim, a norma é de eficácia limitada.” (grifo nosso)

<sup>165</sup> V. nota anterior, “*in fine*”.

A situação neste último caso, *data máxima vênia*, é idêntica ao que acontece com o concurso exigido para a outorga de delegação para notários e registradores. Sem lei que normatizasse todos os aspectos acima salientados, a realização do concurso público seria juridicamente inviável ou mesmo impossível.

É a confusão entre estas situações rigorosamente distintas que tem propiciado constantes equívocos na interpretação desta matéria. Não raro, doutrinadores e julgados, falam do concurso público para a outorga de delegações a notários e registradores fazendo menção ao art. 37, II, da Constituição Federal. Incorrem em manifesto equívoco. Com exceção ao concurso público para estrangeiros, esta regra é de “*eficácia contida*”<sup>166</sup>. Muito diferente, portanto, da regra estabelecida no art. 236, §3º, da mesma Carta Constitucional. Nesta última, estamos diante de um típico caso de norma de “*eficácia limitada*”.

É esta, portanto, a nossa opinião: *o princípio do concurso para a outorga da delegação para notários e registradores é norma de “eficácia limitada”(art. 236, §3º, da CF). Sua aplicabilidade plena, portanto, depende da edição da lei prevista no art. 236, §1º, da nossa lei maior. As posições em sentido contrário se devem à própria confusão instalada dentre nós quanto ao entendimento já superado de que notários e registradores são servidores públicos. A esta particular espécie de agentes públicos, na medida em que são particulares em colaboração com a administração, não se aplica o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal (este sim, no seu comando principal, uma norma de “eficácia contida”).*

Disto decorre outra importante conclusão. Já vimos anteriormente que a lei prevista no art. 236, §1º, da Constituição Federal, deve ser baixada pela União no exercício de sua *competência legislativa concorrente*<sup>167</sup>. Trata-se, assim, de uma lei federal que irá dispor sobre normas gerais pertinentes à *atividade de notários e registradores, sob os seus aspectos orgânicos ou estritamente administrativos*.

<sup>166</sup> Aliás, em geral, se costuma afirmar que essa norma é de “*eficácia plena*”. Mais um equívoco. Pelas razões expostas, parece evidente que, em decorrência da sua conjugação natural com o art. 37, I, da Constituição Federal esta norma é de “*eficácia contida*”. Salvo, evidentemente, no que concerne a um concurso público que se pretenda abrir com acesso a brasileiros e estrangeiros. Sob este exclusivo aspecto esta norma deve ser tida como de “*eficácia limitada*”. É esta, como salientada acima, a opinião do próprio JOSÉ AFONSO DA SILVA.

<sup>167</sup> V. item I. 2.2, *supra*.

Nestas “normas gerais”, naturalmente, haverá de ser disciplinado o conteúdo do art. 236, §3º, da nossa lei maior, para que a eficácia do princípio do concurso estabelecido neste comando constitucional possa ser definitivamente liberada<sup>168</sup>. Foi, aliás, o que fez a Lei n. 8.935/94, nos seus arts. 14 a 19.

Induvidoso, assim, que desde o momento em que entrou em vigor a Constituição de 1988 (5 de outubro de 1988), até o advento da Lei federal n. 8935 (18 de novembro de 1994), o art. 236, §3º, ao estabelecer o princípio do concurso para a outorga das delegações a notários e a registradores, não poderia ser exigido na sua aplicabilidade imediata.

Diante disso, como ficaram então os Estados-membros, nesse período, em relação a outorgas de delegações para a prestação do serviço notarial ou de registro? A eles, por meio do seu Poder Executivo, competia como continuou competindo, determinar a ocupação das serventias extrajudiciais quando estivessem vagas. Evidentemente, é possível que, apesar da regra constitucional anterior ter sido revogada, existisse legislação estadual em vigor disciplinando o *modus* pelo qual esta outorga deveria ser realizada. Todavia, indaguemos, e se esta legislação estadual estiver em desacordo com o art. 236, §3º, da Constituição Federal, no que concerne à exigência de concurso para a outorga das delegações? Deveria ter sido entendida, de imediato, como não recepcionada por este novo texto constitucional? Ou, ao revés, deveria ter sido respeitada a sua vigência até a edição da lei federal reguladora da matéria?

Como já dissemos, com a entrada em vigor do novo texto constitucional, os Estados-membros não perderam a competência de editar leis sobre a matéria em apreço. Afinal, pela Constituição de 1988, a edição de normas legislativas estaduais deve ser tida como rigorosamente possível, nos termos acima expostos, por força de estarmos em sede de *competência legislativa concorrente*. Diz a Constituição no seu art. 24, ao disciplinar as competências legislativas concorrentes, que “*inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades*” (art. 24, §3º, da C.F.). Claro então que, com o advento da legislação federal instituidora de normas gerais, as normas

<sup>168</sup> V. item I. 2.2.3, *supra*

estaduais que com a lei federal de âmbito nacional reguladora viessem a colidir, passariam, a partir do momento da sua vigência, a ter sua eficácia suspensa. É, aliás, o que determina o §4º, do próprio artigo 24, da Constituição ao proclamar que “*a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária*”. Mas até lá, desde que não contrariem texto da Constituição Federal em vigor e com eficácia plena ou contida, as normas legais do Estado-membro deverão ter a sua vigência reconhecida.

Claro, assim, que com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, em decorrência da norma instituidora do concurso para notários e registradores ter *eficácia limitada*, ou seja, *eficácia dependente da edição de lei nacional que disciplinasse a matéria*, a legislação estadual que eventualmente estivesse em vigor deveria ser tida como *inteiramente aplicável às outorgas das delegações de notários e registradores*. Somente quando viesse a ser editada a lei estabelecida no art. 236, §3º, da nossa lei maior, é que as leis estaduais que estabelecem formas de outorga incompatíveis com o princípio do concurso público, ou outras regras incompatíveis com a lei federal de âmbito nacional, deveriam ter a sua eficácia suspensa.

Por honestidade intelectual, devemos reconhecer a existência de entendimentos jurídicos contrários a este que ora assumimos. Contudo, *data máxima vênia*, temos a compreensão que ora sustentamos, como sendo a única aceitável para o caso. Em seu favor militam não só a adequada compreensão do fato de ser o art. 236, §3º, da Constituição Federal, uma norma de *eficácia limitada*, mas como também a compreensão razoável dos fatos *sub examine*.

De fato, imaginar-se que a legislação estadual editada com base na Constituição anterior, perderia sua imediata vigência, pelo simples fato de guardar uma incompatibilidade lógica com o texto de norma constitucional federal ainda não auto-aplicável, nos parece desditado de qualquer significado racional. Como ficariam as outorgas de delegação a notários e a registradores nesse período? Paralisadas enquanto não editada a lei federal reguladora e aguardando a edição da nova legislação estadual que haveria ser editada a partir da vigência daquele diploma? Como ficariam as serventias vagas? Sem a prestação do serviço respectivo, aguardando, durante anos, que o Legislativo federal saísse da sua inércia?

Seria absurdo. O exercício da atividade administrativa é um *dever* do Estado. Nenhuma interpretação que conduza ou admita a paralisação da sua prestação pode ser tida como razoável. Se o texto constitucional não era auto-aplicável, se havia lei estadual reguladora da matéria não revogada, até que o novo texto da Carta de 1988 pudesse vir a ter aplicabilidade plena, pela edição da legislação nacional reguladora da matéria, a lei estadual deve ser tida como *recepcionada* pela nova ordem constitucional em vigor.

Ademais, seria inteiramente inadmissível que, por amor a um texto constitucional pendente de regulamentação e de impossível aplicação sem prévia lei disciplinadora dos seus termos, se pudessem ter como aceitável a edição de simples atos administrativos reguladores da outorga das delegações a notários e registradores. Nem o Poder Executivo, nem o Poder Judiciário estariam autorizados a fazê-lo. Haveria aqui incontestemente violação ao *princípio da legalidade*. Somente a lei poderia tratar dessa matéria. Por todo o exposto anteriormente, jamais se poderia supor que atos administrativos normativos pudessem ter o condão de fazê-lo. *É a lei, somente a lei que pode impor às pessoas o que devem fazer ou deixar de fazer.*

Em síntese: *por ser o art. 236, §3º, da Constituição Federal, norma de eficácia limitada, a legislação dos Estados-membros, editada sob a vigência de texto constitucional anterior, deve ser tida como recepcionada pelo atual texto, mesmo que não adotasse o princípio do concurso para a outorga das delegações a notários e a registradores, até a entrada em vigor da lei federal de âmbito nacional reguladora deste dispositivo constitucional.*

Por fim, talvez seja desnecessário dizer, pela própria obviedade da constatação, que se a legislação estadual editada com base na Constituição anterior não tiver incompatibilidade com o texto da Constituição em vigor, nem com o texto da lei nacional editada com base no seu art. 236, §3º, ela terá sido *recepcionada* pelo novo texto constitucional e não terá sua eficácia suspensa pela entrada em vigor deste último diploma normativo. Ao revés, terá plena vigência, nos moldes em que a tinha quando era vigente o texto da Carta Constitucional sob a qual foi editada. Deverá, por evidência, ser obedecida em todos os seus termos, uma vez que inexistente causa jurídica para que tal não venha a ocorrer.

### III. A LEGISLAÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO

Implementando as inovações estabelecidas pela nossa Lei Maior no exercício das funções administrativas delegadas a notários e a registradores, em 18 de novembro de 1994, entrou em vigor a Lei nº 8.935 que ficou conhecida como "*lei dos notários e dos registradores*". Após longo processo de elaboração, cuidou este estatuto de definir o que denominou "*serviços notariais e de registro*", os "*profissionais que podem exercê-los*" (arts. 1º a 3º), "*as condições da sua prestação*" (arts. 4º e 8º) e ainda as suas "*competências*" (arts. 5º a 12). Disciplinou o "*ingresso na atividade notarial e de registro*" (arts. 14 a 19), os "*prepostos*" (arts. 20 e 21), as "*incompatibilidades e impedimentos no exercício da função*" (arts. 25 a 27), os "*direitos e deveres*" (arts. 28 a 30) e as "*infrações disciplinares*" a que estão sujeitos notários e registradores. Finalmente, regulou ainda a "*fiscalização*" dessa atividade pelo Poder Judiciário (arts. 37 e 38), as formas de "*extinção da delegação*" (art. 39) e a "*seguridade social*" de notários, oficiais de registro, escreventes e auxiliares (art. 40).

Assim, como se pode constatar, ao abrigo do mandamento contido no art. 236 da Constituição Federal, a "*lei dos notários e dos registradores*" veio a regradar a essência da organização e da prestação da particular espécie de função administrativa a estes agentes públicos delegada. É bem verdade que outras leis, anteriores e posteriores ao início da sua vigência (como a Lei nº 6.015/73, que disciplina os registros públicos, e a Lei nº 9.492/97, que define a competência e regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida), com ela mantêm intenso relacionamento no regramento e na disciplina do seu objeto. Contudo, indubitavelmente, é a Lei nº 8.935/94 o principal diploma legislativo que rege a matéria, qualificando-se como o alicerce orgânico e material a partir do qual será estruturada e definida a atividade de notários e registradores. Não é superior, e nem poderia ser, aos outros atos legislativos editados pela União acerca da mesma matéria, mas, naquilo que



não foi alterada por leis posteriores, é o estatuto normativo que ilumina a compreensão de tudo o que se faz no exercício desta função administrativa delegada.

Concentremos agora nossa atenção, todavia, no tratamento que a Lei nº 8.935/94 dá ao concurso para ingresso e para remoção no exercício das funções notariais e de registro.

Conforme já observamos anteriormente, o art. 236, § 3º, da nossa Constituição Federal, estabeleceu *in verbis* que:

*“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”.*

Buscando seguir fielmente o texto deste dispositivo constitucional, veio o legislador a firmar na lei n. 8.935/94 que:

*“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;*

*II- nacionalidade brasileira;*

*III – capacidade civil;*

*IV- quitação com as obrigações eleitorais e militares;*

*V- diploma de bacharel em direito;*

*VI – verificação de conduta condigna para o exercício da profissão.*

*Art. 15 Os concursos serão realizados pelo Poder Judiciário, com a participação, em todas as suas fases, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de um notário e de um registrador.*

§ 1º *O concurso será aberto com a publicação de edital, dele contando os critérios de desempate.*

§ 2º *Ao concurso público poderão concorrer candidatos não bacharéis em direito que tenham completado, até a data da primeira publicação do edital de concurso de provas e títulos, 10 (dez) anos de exercício notarial ou de registro.*

§ 3º *(Vetado)*

*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 6 (seis) meses.*

*Parágrafo único. Para estabelecer o critério de preenchimento, somar-se-á por base a data da vacância da titularidade ou, quando vagas na mesma data, aquela da criação do serviço<sup>169</sup>.*

*Art. 17 Ao concurso de remoção somente serão admitidos titulares que exerçam a atividade por mais de 2 (dois) anos.*

*Art. 18 A legislação estadual disporá sobre as normas e os critérios para o concurso de remoção.*

*Art. 19 Os candidatos serão declarados habilitados na rigorosa ordem de classificação no concurso. “*

*(grifos nossos)*

<sup>169</sup> Redação dada pela Lei n. 10.506/2002. Na sua redação original, o art. 16 do diploma legal em apreço estabelecia que:

*“art. 16. As vagas serão preenchidas alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e uma terça parte por concurso de remoção, de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia notarial ou de registro fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”. (grifo nosso)*

No que concerne às questões acima tratadas e que, a nosso ver, foram deixadas em aberto pela Constituição Federal, a resposta dada pelo legislador ordinário foi clara e indubitosa. E em face de todo exposto, inteiramente adequada ao texto da nossa lei maior.

Em primeiro lugar, exercendo de forma legítima a sua discricionariedade, veio a atribuir a competência para a realização dos concursos de investidura no exercício da função notarial ao “*Poder Judiciário*” (art. 15). Conforme já salientado acima, o texto não colide em nada com a nossa lei maior, na medida em que a realização destes procedimentos está situada perfeitamente no campo do “*controle prévio*” (“*fiscalização*”) das atividades realizadas por notários e registradores atribuídas pela Constituição de 1988, de forma atípica, a este Poder.

Em segundo lugar, também agiu o legislador em total adequação ao texto da lei maior quando, no art. 16, *caput*, afirmou que “*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*”. Como vimos exaustivamente, nada impedia a adoção de *modus* distintos para a realização de concursos que se destinam a “*delegação (investidura) originária*” e a “*delegação (investidura) derivada*” das atividades notariais e registrais. E assim foi feito. Estabeleceu-se que a *delegação originária*, de acordo com o exigido pela Constituição Federal em vigor, seja sempre precedida de “*concurso de provas e títulos*” e a *derivada (remoção)* de “*concurso de títulos*” (art. 16)<sup>170</sup>.

Quanto à realização do concurso de títulos para a realização da delegação derivada, temos como oportuno ainda observar que, ao contrário do sugerido por alguns, em bom direito, não existe nenhuma antinomia entre a vigente redação atribuída ao artigo 16 da Lei n. 8.935/94 e o art. 14 deste mesmo diploma legal.

<sup>170</sup> O argumento de que o concurso de provas e títulos é o que melhor afere o mérito dos candidatos é uma crítica que não deve ser considerada como relevante para fins de consideração de eventual questionamento da constitucionalidade deste dispositivo legal. A convicção de um intérprete de que o legislador não seguiu o melhor caminho ao regular uma matéria não tem força para retirar a legitimidade constitucional de um texto legal. Pode servir como crítica política, orientadora de futuras mudanças legislativas, mas não como um argumento jurídico válido.

De fato, cumpre observar que, a partir de uma leitura ligeira destes dois dispositivos legais, poderia parecer possível sustentar-se, *prima facie*, a existência de uma efetiva antinomia entre ambos. Afinal, ao estabelecer os requisitos necessários para a efetivação da “*delegação para o exercício da atividade notarial e de registro*” afirma o art. 14, no seu inciso I, que se tem por necessário “*a habilitação em concurso público de provas e títulos*” (*grifo nosso*). Em sentido oposto, o art. 16 afirma que para a outorga da delegação por “*remoção*” (*delegação derivada*) a modalidade de concurso aplicável seria apenas o de “*títulos*”.

Ora, como a ninguém do mundo do direito é dado ignorar, as aparentes antinomias normativas devem ser sempre solucionadas por critérios de interpretação postos à utilização do exegeta. No caso, a solução parece, *data máxima vênia*, indubitosa e evidente. A norma do art. 14, I, da Lei n. 8.935/94, nunca se reportou ao concurso de *remoção* (*delegação derivada*), mas ao concurso de *provimento* (*delegação originária*). E isso, diga-se bem da verdade, mesmo antes da modificação do texto do art. 16 da Lei n. 10506/02.

Não é difícil a demonstração do que se acabou de dizer. Vejamos a redação original do art. 16 da Lei n. 8.935/94. Dizia ela que: “*as vagas serão preenchidas alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e uma terça parte por concurso de remoção, de provas e títulos...”* (*grifos nossos*). É nítido que o legislador ordinário, apercebendo-se da diferença necessária que deveria existir entre o concurso para a outorga da *delegação originária* e o concurso para a realização da *delegação derivada*, chamou o primeiro de “*concurso público de provas e títulos*” e o segundo apenas de “*concurso*”. Ou seja: utilizou a linguagem do art. 236 da Constituição Federal, estabelecendo que o concurso para provimento seria “*público*” e o para remoção seria “*interno*” ao sistema notarial e de registro.

Observemos agora a determinação contida no art. 14, I, da Lei n. 8.935/94. A que concurso ela está se referindo quando ela menciona explicitamente “*a habilitação em concurso público de provas e títulos*”? (*grifo nosso*) A resposta é óbvia: unicamente ao *concurso de provimento*, ou seja, ao *concurso para a outorga da delegação originária*. Ao fazer referência expressa à qualificação de

"público", por óbvio, descartou intencional e deliberadamente qualquer possibilidade de estar fazendo referência direta, ou mesmo indireta, ao concurso de *remoção* (*concurso para a outorga da delegação derivada*).

Com a mudança da redação do art. 16 feita pela Lei n. 10506/02, naturalmente, nada restou alterado. O art. 14 continuou a se referir exclusivamente ao concurso público de provas e títulos exigido para a outorga da delegação originária. Nenhuma colisão existiu ou existe, portanto, entre os artigos 14 e 16 da Lei n. 8.935/94. Em uma boa exegese dos seus respectivos termos, a harmonização é total.

Restou, pois, inteiramente resolvida, a aparente "*antinomia*" que por alguns chega a ser alegada entre estes dois dispositivos.

Concluimos, portanto, que o art. 16 da Lei n. 8.935/94, na sua vigente redação dada pela Lei n. 10.506/02, tem plena e total adequação ao texto da Constituição Federal, devendo ser cumprido *in totum* quando da realização dos concursos de remoção estabelecidos no art. 236, § 3º, da nossa Lei Maior.

No mais, todos os demais aspectos tratados pelos artigos 14 a 19 da Lei 8.935/94, quanto ao seu conteúdo, parecem guardar estrita correspondência com o texto constitucional. Reconhecendo que pela própria Constituição "*ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*" (art. 5, II – princípio da legalidade) estabeleceu os requisitos básicos para o exercício da atividade notarial e de registro (art. 14 e 15, § 2º) e para a outorga da delegação em caráter derivado (art. 17).

Mas pergunte-se agora, poderia a lei federal ter tratado dessa matéria? Poderia ter tratado dos concursos para delegação a notários e a registradores como o fez? Ao assim proceder não teria invadido a competência legislativa de Estados-membros e do próprio Distrito Federal?

Como tudo que envolve a questão da competência para legislar no campo das atividades notariais e de registro, o problema não se apresenta como de fácil solução. Aliás, a própria jurisprudência assim o revela.

De fato, para que cheguemos a esta conclusão, basta que analisemos os debates realizados no nosso Pretório Excelso na ação

direta de inconstitucionalidade n. 2069 proposta pelo Partido Social Trabalhista. Nessa ADin, propunha o autor o reconhecimento da inconstitucionalidade dos arts. 15, 16, 17 e 18 da Lei Federal n. 8935, de 18 de novembro de 1994 (acima transcritos) e do Provimento 612, de 29 de outubro de 1998, do Conselho Superior do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Não acabou, porém, sendo julgada no seu mérito esta ação, por ter o Partido Social Trabalhista perdido a sua representação parlamentar no Congresso Nacional<sup>171</sup>. Contudo, o debate que nela se travou quando da apreciação do pedido liminar foi bastante significativo.

Analisando a matéria, o relator Ministro Néri da Silveira afirmou que *“a lei federal, ao definir diretrizes básicas ao provimento por concurso público e por remoção, não refoge, assim, desde logo, do âmbito demarcado pelo Estatuto Fundamental. Não está, na Constituição, que aos Estados se reserva, em lei, regular a matéria do ingresso e da remoção; antes decorre do art. 236 e parágrafos da Lei Magna que a lei federal, para todo País, definirá os princípios básicos a serem seguidos na execução dos serviços notariais e de registro.”* (...) *“No que respeita ao concurso de remoção, previsto na lei maior (art. 236, § 3º), o legislador federal, depois de assentar requisito básico, qual seja, somente a ele serem admitidos titulares que exerçam atividade por mais de dois anos (art. 17), reservou ao legislador estadual dispor sobre as normas e critérios para a sua realização, tendo em conta, decerto, no ponto, a conveniência de se atenderem as peculiaridades locais e regionais, quanto à viabilidade de movimentação de titulares de um ofício a outro.(...) Não tenho, portanto, neste juízo cautelar, como distanciados os dispositivos legais federais em exame das matrizes constitucionais relativas à competência da União e dos Estados e ainda do que sobre os serviços notariais e de registro pretendeu instituir o constituinte. Está no âmago do sistema, o provimento inicial por concurso público de provas e títulos e, também, submeter o provimento derivado a regime de mérito, evitando remoções discricionárias. Os princípios fundamentais, no particular, do art. 37 e inciso I, da Constituição, foram, assim, considerados, quando o constituinte entendeu de conferir explícita e especial disciplina a atividade notarial e de registro, que esta corte já afirmou constitui modalidade de serviço público. Não se repetiu o teor do art. 207 da Emenda*

<sup>171</sup> Decisão publicada em 15.09.03

*Constitucional n.1/1969 no corpo da Carta de 1988, quando se estipulava, de expresso, que as serventias extrajudiciais seriam providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e do Território, apenas assentando-se, na parte final do dispositivo, que se haveria de observar o critério da nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos”.*

Foi acompanhado, nesse entendimento, pelos Ministros Nelson Jobim, Sidney Sanches (que, na sua manifestação, afirmou se reservar no direito de fazer um exame mais aprofundado da questão quando do julgamento do mérito) e Moreira Alves. Recebeu, porém, manifestação de divergência dos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

Indagou, na apresentação do seu voto o Ministro Marco Aurélio *“é possível conceber-se, em vista do sistema federativo e das regras de Direito Administrativo sedimentadas, que a União venha a disciplinar concurso público relativo a negócios de certo Estado da Federação? A resposta para mim é desenganadamente negativa. E digo mais: as regras gerais sobre concurso público já estão expressas e implícitas também na própria Carta da República. (...) Examinemos a situação concreta: o art. 236 revela luz para a solução da hipótese. É conducente a concluir-se que não há campo para a União dispor sobre concurso público, objetivando a nomeação de notários que foram tidos, por esta Corte – e aí aludo ao sentido ‘lato’ – como servidores ‘lato sensu’.”*(...) O legislador constituinte de 1988, quanto à atividade, em si, da União, nesse campo, previu que incumbiria à lei federal regular o concurso público? Não, regular as atividades disciplinando ‘a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos’; definindo ‘a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário’. E no § 2º, fez ver que ‘emolumentos’ seriam regulados, via normas gerais, por lei federal. E parou aqui o constituinte de 1988. “Não adentrou ao campo do concurso público, o campo dos requisitos que os candidatos deveriam apresentar para a feitura do concurso público, porque isso diz respeito às unidades federadas, aos interesses, aos negócios das unidades federadas”.

Posição semelhante também foi expressa pelo ilustre Ministro Sepúlveda Pertence. Disse o magistrado: *“federação, não é preciso*

*recordar, é princípio fundamental da Constituição, erigida seu núcleo imutável. (...) Claro, tenho acentuado, não se trata de um conceito 'a priori' de Federação, mas do modelo de Federação consagrado na própria Constituição originária, que já é extremamente centralizador. Por isso, repito, são numerosas as áreas de serviços estaduais nas quais a Constituição ou diretamente impôs limitações ao Poder do Estado-membro ou previu que elas pudessem ser postas por legislação infraconstitucional, de natureza complementar ou ordinária. (...) A título de exemplo, recorde-se, na própria Constituição o caso notório da organização do Poder Judiciário e do amplo espectro da matéria remetido ao trato complementar da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disposição semelhante com relação ao Ministério Público se colhe no art. 61, § 1º. "d". E também, Sr. Presidente, no art. 22. XXI, a prever a competência da União para normas gerais de organização e outros tópicos atinentes às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados; e o art. 144, § 7º, prevendo também lei nacional de regulação, sem limites, da atividade policial em todos os seus matizes. (...) Mas toda a evidência desses numerosos capítulos, nos quais a Constituição limitou ou previu a limitação por lei federal das áreas reservadas ao Estado-membro, a meu ver, no caso concreto, provam em contrário à constitucionalidade da lei federal questionada. É que, no ponto, a Constituição deu aos Estados ampla liberdade para disciplinar a atividade notarial e de registro que é, já o tem afirmado o Tribunal, serviço público, que só pode ser no âmbito estadual. No caso, o , do art. 236, limitou-se a prever lei federal para regular "as atividades" e disciplinar a "responsabilidade civil e criminal dos notários", dos oficiais de registro e de seus prepostos" e definir "a fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário": não creio que haja nessa cláusula possibilidade de se extrair competência federal para reger o concurso público. (...) É certo que o § 3º do art. 236 estipula que "o ingresso na atividade notarial 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 (...). Aqui está, afora peculiaridades que não vêm ao caso, a extensão a essa atividade híbrida, que são o notariado e o registro público, da regra geral de concurso público: nada mais do que isso. (...) De tal modo que extrair-se a possibilidade de regulamentação federal do concurso público implicaria, também, extrair-se, da regra geral do art. 37, II, relativa a*



*toda a Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o poder da União regular-lhes os concursos públicos.”.*

Com essa divergência, por maioria, foi aprovado o voto do Ministro Relator, editando-se a seguinte ementa ao julgado:

*EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 14, 15, 16, 17 e 18 da Lei Federal n. 8.935, de 18 de novembro de 1994 e Provimento 612 de 29 de outubro de 1998, do Conselho Superior do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2. Dispositivos que regulam concursos públicos para ingresso na carreira notarial. 3. Alegação de vício por inconstitucionalidade formal na medida em que disciplinam matéria reservada à competência estadual. 4. Informações requisitadas para análise da cautelar pleiteada. 5. Não está, na Constituição, que aos Estados se reserva, em Lei, regular a matéria de ingresso e da remoção; antes decorre do art. 236 e parágrafos da lei magna que a lei federal, para todo o País, definirá os princípios básicos a serem seguidos na execução dos serviços notariais e de registro. 6. Cautelar indeferida, de referência aos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, da Lei federal n. 8935/1994. 7. Incabível discutir-se a legalidade do Provimento n. 612/98 diante do que veio a estabelecer, no âmbito estadual, a lei paulista n. 10.340/1999. Matéria insuscetível de apreciação em ação direta de inconstitucionalidade. 8. Ação não conhecida quanto ao provimento n. 612/1998 e conhecida e parte quanto aos artigos questionados na lei n. 8.935/94 e, nessa parte, indeferida a cautelar.*

É de ser observado que a polêmica estabelecida no julgamento da matéria foi aguda e pertinente. Infelizmente, porém, não logrou a ter apreciação final de mérito pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, por tudo o que já estou exposto acima, particularmente no tópico em que abordamos a questão da

competência para legislar no âmbito da atividade notarial e de registro<sup>172</sup>, a nossa posição poderá agora ser desenvolvida com maior acuidade sobre a matéria em apreço.

Como já vimos anteriormente, a competência para disciplinar a atividade notarial e registral, sob seus aspectos orgânicos e estritamente administrativos, na conformidade do previsto no art. 236, § 1º, da Constituição Federal, é *concorrente*. O mesmo se deve dizer da competência para reger a “*fiscalização do Poder Judiciário*” sobre estes atos, na conformidade do previsto neste mesmo dispositivo.

Ora, é nesse mesmo âmbito, naturalmente, que se inserem os *concursos* para a outorga da delegação (art. 236, §3º, da C.F.). *O concurso (para a outorga da delegação originária ou derivada) integra o âmbito das matérias estritamente administrativas que, disciplinadas por normas gerais da União, poderão ser tratadas por normas específicas estaduais ou distritais. Sobre eles poderá a União (como, aliás, o fez, entre os artigos 14 a 18 da Lei n. 8.935/94) dispor sobre diretrizes, princípios e grandes delineamentos), deixando para os Estados-membros e para o Distrito Federal a possibilidade de estabelecimento de normas legislativas específicas complementares.* O art. 18 deste diploma legal bem expressa esta definição constitucional, portanto, ao firmar que “*a legislação estadual disporá sobre as normas e os critérios para o concurso de remoção*”.

Donde, portanto, ter andado bem, do ponto de vista estritamente jurídico-constitucional, o nosso legislador ordinário, no que concerne aos artigos 14 a 19 da Lei n. 8.935/94. Firmou normas gerais regulamentadoras do art. 236, §3º, atendendo estritamente aos pressupostos constitucionais que asseguravam à União competência para editar normas gerais a respeito da matéria que trata. Da mesma forma, quanto ao conteúdo, em nada desbordou daquilo que constitucionalmente restou assinalado no próprio artigo 236. De inconstitucionalidade não podem, pois, ser acusados estes específicos dispositivos legais, sob nenhum dos seus aspectos.

---

<sup>172</sup> V, item 2, *supra*.

#### IV. A LEGISLAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO E O CONCURSO PARA A OUTORGA DA DELEGAÇÃO A NOTÁRIOS E A REGISTRADORES

Após o desenvolvimento dos tópicos anteriores, todas as premissas que reputamos indispensáveis para o adequado equacionamento das questões que motivam a presente manifestação opinativa foram assentadas.

Cumprido que, a partir de agora, foquemos diretamente o conjunto dos problemas que nos foi submetido a exame pelo Consulente.

##### IV. 1. HISTÓRICO

De acordo com a minuciosa e bem lapidada narrativa apresentada na consulta que motiva a presente manifestação opinativa, alguns poucos meses antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o Governador do Estado de São Paulo sancionou, com vetos parciais, proposição legislativa reguladora do "*provimento das serventias extrajudiciais*" (*Lei Estadual Complementar n. 539, de 26 de maio de 1988*).

Este diploma legislativo estadual cuidou de regular as hipóteses de "*vacância dos cartórios extrajudiciais*" (*art. 2º*), os procedimentos para a realização do "*provimento*" dos cartórios (*arts. 3º a 13*), a "*nomeação, posse*" e o início do "*exercício do cargo*" (*arts. 14 a 16*), e outras regras atinentes ao regular exercício das serventias extrajudiciais (*art. 18 a 27*).

No que concerne ao procedimento exigido para o "*provimento*" das serventias extrajudiciais, estabeleceu como princípio o "*concurso público*" para "*o provimento de cartório de classe inicial*" (*art. 3º, caput*) (*grifo nosso*). Para o "*provimento de cartório das demais classes, de qualquer natureza*"

firmou a regra de que este se daria por *“aprovação em concurso de acesso, de provas e títulos”* (art.3º,§3º). A realização do concurso público foi afirmada como atribuição do *“Tribunal de Justiça”* (art. 4º, caput), mas o *“provimento far-se-á mediante nomeação por ato do Chefe do Poder Executivo, segundo a ordem de classificação obtida no concurso”* (art. 3º, §2º).

Importante observar que, segundo o determinado por esta lei, *“os concursos compreenderão prova escrita e avaliação dos títulos, realizando-se sempre na comarca da capital”* (art. 10) e a *“prova escrita versará sobre matéria concernente à natureza da serventia em concurso”* (art.10, §2º).

Após a entrada em vigor da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, estabelecidas as diretrizes normativas fixadas no seu art. 236 em relação a outorga de delegação para o exercício da atividade notarial e de registro, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo houve por bem determinar, em 7 de agosto de 1989, a abertura de concurso público para provimento de diversos cartórios extrajudiciais. Este procedimento seletivo, naturalmente, buscou atender ao disposto na aludida Lei Complementar Estadual n. 559/88.

Pouco tempo após a abertura deste concurso, em 5 de outubro de 1989, entrou em vigor o texto da nova Constituição do Estado de São Paulo. Acompanhando as diretrizes afirmadas sobre a matéria no texto da lei maior, estabeleceu o art. 68 dessa Carta Estadual:

*“art. 68. O ingresso na atividade notarial e registral, tanto de titular como de preposto, depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga sem abertura de concurso por mais de seis meses”*

*Parágrafo único – Compete ao Poder Judiciário a realização do concurso de que trata este artigo, observadas as normas da legislação estadual vigente”<sup>173</sup>*

Incomodada com o processamento do concurso em referência, em 10 de dezembro de 1990, a ASSOCIAÇÃO DOS SUBSTITUTOS DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAS DO BRASIL propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade com o objetivo de que fosse declarada “a inconstitucionalidade da Lei Complementar Paulista n. 539/88”, assim como dos atos normativos que haviam sido com base nela praticados.

Nesta ação, tanto o Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo, como o próprio Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se manifestaram pela tese de que a Lei Complementar Estadual n. 539/88 havia sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Devem ser lembrados, pela excelência dos seus termos, os dizeres do ilustre Presidente daquela Colenda Corte de Justiça, Desembargador ANICETO LOPES ALIENDE, que assim se manifestou:

*“De qualquer forma, a Lei Complementar Estadual n/ 539, de 26 de maio de 1988, não é norma incompatível com a Constituição da República de 5 de outubro desse mesmo ano (...)*

*As normas do concurso público estipuladas pela Lei Complementar n. 539/88 são legítimas, regulares e de indole essencialmente democrática.*

*Concebendo-se a carreira nas serventias do foro não oficializado da*

<sup>173</sup> Observe-se que o art. 24, §2º, “6”, da Constituição do Estado de São Paulo determina que “*competes, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre (...) 6- criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos*”. O seu art. 77 determina que “*competes, ademais, ao Tribunal de Justiça, por seus órgãos específicos, exercer controle sobre atos e serviços auxiliares da justiça. Abrangidos os notariais e de registro*”. Finalmente, o art. 17 do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias afirma que “*lei a ser editada no prazo de quatro meses após a promulgação desta Constituição, disporá sobre normas para criação dos cartórios extrajudiciais, levando-se em consideração sua distribuição geográfica, a densidade populacional e a demanda do serviço*” e ainda que “*o Poder executivo providenciará no sentido de que, no prazo de seis meses após a publicação da lei mencionada no ‘caput’ deste artigo, seja-lhe dado cumprimento, instalando-se os cartórios*”(§1º) e “*os cartórios extrajudiciais localizar-se-ão, obrigatoriamente, na circunscrição onde tenham atribuições*”(§2º).

*justiça como um sistema de estrutura orgânica, até bastante assemelhado à carreira da Magistratura.*

*(...)*

*Em síntese, a Lei Complementar n. 539, de 26.5.1988, não ostenta incompatibilidade alguma com a Constituição da República de 5 de outubro de 1988. Representa a concretização de longeva aspiração da classe laboriosa dos serventuários, interessada em adoção de critérios objetivos de ascensão na carreira e desiludida com os expedientes eternizadores das praxes hereditárias até então existentes.*

*O Tribunal de Justiça de São Paulo, por Comissão presidida por um Desembargador e integrada por dois juízes de entrância especial, vem realizando os Concursos de provimento das serventias vagas, em atendimento à norma constitucional do art. 236, §3º, e aos quais acorrem milhares de concorrentes. E o faz no exercício de competência advinda de norma constitucional local – artigo 68 da Constituição do Estado – robustecida pela solução que o E. Superior Tribunal de Justiça veio a conferir aos Conflitos de Competência ns. 1.398 e 1402, ambos reconhecendo a incompetência da Justiça Federal para apreciar as questões locais vinculadas às serventias do foro não oficializado da Justiça”.*

Em apreciação da matéria, Excelentíssimo Sr. Ministro do STF, CARLOS VELLOSO, relator da matéria, negou seguimento a ação por não ser caso de controle de constitucionalidade e ainda em decorrência da matéria já ter sido decidida em Ação Direta de Inconstitucionalidade anterior (Adin 129-SP). Disse, na oportunidade o emérito julgador, reproduzindo a manifestação nos autos firmada, pelo Excelentíssimo Sr. Advogado-Geral da União que:

*“Cumpre frisar, inicialmente, que a própria Associação requerente, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 129-9/600-SP, já havia postulado a declaração de inconstitucionalidade da citada Lei Complementar Estadual n. 539, de 1988 e do ‘ato normativo do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, designado como resolução n. 27/89’ (...), a qual, todavia, não foi conhecida, à unanimidade, por impossibilidade jurídica do pedido, por força de decisão proferida na Sessão Plenária dessa Excelsa Corte realizada em 7 de fevereiro de 1992 (...), conforme EMENTA extraída do respectivo Acórdão, a seguir transcrita:*

*‘AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – IMPUGNAÇÃO DE LEI PRÉ-CONSTITUCIONAL E DE ATO REGULAMENTAR EDITADO SOB A ÉGIDE DA NOVA CONSTITUIÇÃO – INIDONEIDADE DO REGULAMENTO DE EXECUÇÃO PARA EFEITO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DA LEI – INOCORRÊNCIA – HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DO ATO HIERARQUICAMENTE INFERIOR POR AUSÊNCIA DE RECEPÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO CONTROLE CONCETRANDO DE CONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA*

*Regulamentos subordinados ou de execução supõem, para efeito de sua edição, pelo Poder Público, a existência de lei a que se achem vinculados. Falece-lhes, desse modo, a necessária autonomia jurídica para se qualificarem como atos normativos suscetíveis de controle abstrato de constitucionalidade.*

*- A regulamentação de lei pré-constitucional por ato estatal editado sob a égide de novo ordenamento constitucional não basta para autorizar, em sede de ação direta, o confronto da espécie legislativa com a Constituição superveniente.*

*- A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame de legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento*

*anterior ao da vigência da Constituição sob a égide foi instaurado o controle normativo abstrato.*

*A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio veio ele a ser editado.*

*O entendimento de que leis pré-constitucionais não se predispõem vigente uma nova Constituição, à tutela jurisdicional de constitucionalidade 'in abstracto' - orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 - 095/993 - 99/544) - foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988.*

*A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores.*

*O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade”.*

E assim concluiu o emérito magistrado, em 21 de fevereiro de 1997: *“ponho-me de acordo com o parecer. A ação não comporta conhecimento. É que a Lei 539, de 26.08.88, é anterior à Constituição. Não seria caso, portanto, de controle de constitucionalidade. Ademais, a questão foi decidida na ADIn 129-SP. Do exposto, nego seguimento à ação. Publique-se”.*

Com o advento da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1984, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou a suspensão do concurso em andamento, sob o argumento de que este novo diploma federal, ao regulamentar o art. 236 da Constituição Federal, teria inovado em relação à matéria. Isto porque, este novo diploma legal, teria estabelecido o concurso de “remoção” que não encontraria disciplina na Lei Complementar Estadual n. 539/88.



Em face de não ter aprovado o Legislativo Estadual qualquer norma legal sobre a matéria, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em face da compreensão que teve do texto da Lei Federal n. 8.935/84 expediu o Provimento n. 612/98. Dispondo sobre “o concurso público de provas e títulos para a outorga das Delegações de Notas e de Registro”, este ato administrativo do Conselho Superior da Magistratura desse Estado veio a estabelecer que “dar-se-á o provimento das delegações vagas por meio de concurso, de provas e títulos, que será realizado pelo Poder Judiciário” (art.3º) e, ao lado de outras determinações, que:

- a. o preenchimento das delegações vagas far-se-á por concurso público, de provas e títulos, sendo que 2/3 (dois terços) das vagas serão destinadas à admissão dos candidatos que preencherem os requisitos legais previstos no art. 14 da Lei Federal n. 8.935/94 e 1/3 (um terço) por concurso de remoção, aos candidatos que já estiverem exercendo a titularidade de outra delegação, de notas ou de registro, por mais de dois anos, na forma do art. 17 da Lei Federal n. 8.935/94, na data da publicação do primeiro edital de abertura do concurso” (art. 6º);
- b. os concursos serão efetuados, de forma agrupada, por especialidade do serviço, relacionando-se as delegações vagas no respectivo edital (art. 6º, parágrafo único);
- c. é condição para inscrição no concurso de remoção o exercício, por mais de dois anos, da titularidade de delegação de notas ou de registro, na data da publicação do primeiro edital, sem punição administrativa (art. 10);
- d. os valores conferidos aos títulos (art. 11);
- e. as provas terão peso 8(oito) e os títulos peso 2 (dois), tendo os primeiros valor máximo de 10 (dez) pontos (art.13, 'caput')
- f. os critérios de desempate no concurso (art.13, §3º).

Em 7 de julho de 1999, entrou em vigor a Lei estadual n. 10.340 que se propunha a dispor sobre “*o provimento dos serviços notariais e de registros*”. Apesar de ter sido proposto o projeto que ensejou este diploma legal pelo próprio Poder Judiciário, em face de alterações introduzidas no seu texto pela Assembléia Legislativa, o Ministério Público Estadual propôs contra a sua vigência, em 17 de fevereiro de 2000, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 71.310.0/0 junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em 15 de setembro de 2004, esta ação foi julgada procedente “*para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei 10.340, de 7 de julho de 1999, do Estado de São Paulo*”.

Desse modo, em face deste julgamento, os concursos para a outorga das delegações a notários e registradores, no Estado de São Paulo, continuaram a ser processados sob a disciplina do aludido Provimento n. 612/98. Mesmo após a entrada em vigor da já comentada Lei federal n. 10.506, de 9 de julho de 2002, que ao alterar a redação do *caput* do art. 16 da Lei n. 8.935/95, determinou que os concursos de remoção “*seriam feitos mediante concurso de títulos*”, a posição desse órgão jurisdicional continuou inalterada, realizando estes concursos sempre por “*provas e títulos*”.

Em 11 de janeiro de 2006, fruto de um projeto de lei proposto ao Legislativo Estadual pelo Chefe do Executivo, foi aprovada e sancionada a Lei Estadual n. 12. 227. Acerca deste novo diploma legislativo, a ASSOCIAÇÃO DOS TITULARES DE CARTÓRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO – ATC, proposto a ADIN 134.113.0/9-00 junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, alegando sua desconformidade com a ordem jurídica vigente. Esta Colenda Corte de Justiça, após a concessão de medida liminar para a sustação da sua eficácia, veio a também acolher este pedido, declarando a inconstitucionalidade do texto legislativo em referência. Foi esta a ementa do julgado:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE em face da Lei Estadual n. 12.227, de 11 de janeiro de 2006, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, e que regulamenta o ‘artigo 17 do A.D.C.T., estabelece a organização básica dos serviços notariais e de registros, as*

*regras do concurso público de provimento da titularidade de delegação de serventias e dá outras providências". – Questões prejudiciais de ilegitimidade ativa e de descabimento da ação em face de pretendido exame de comando da Constituição Federal de 1988 rejeitadas. Legitimidade conferida pela Constituição Paulista (art. 90, V), demonstrada a 'pertinência temática' pelo ajustamento, aqui presente, entre os fins a que se propõe a Associação-autora e o alcance da norma atacada. Admissibilidade do controle concentrado, d'outra parte, se norma da Constituição Federal de observância obrigatória, como no caso, tiver sido repetida na Constituição do Estado. Precedente do Excelso Pretório – Vício de iniciativa, no entanto, reconhecido, por usurpação de competência privativa do Chefe do Judiciário. Não há como dissociar os cartórios (serviços) notariais e de registro, da propria organização, no sentido abrangente, do Judiciário. Ação procedente, por afronta aos arts. 5º, 'caput', 24, §4º, itens I e 2, 69, II, "b" e 70, II, todos da Constituição do Estado de São Paulo, tomando definitivos os efeitos de liminar concedida pela E. Presidência desta Corte".*

Assim sendo, os concursos para a outorga das delegações para notários e registradores continuam a ser regradados, até os dias que se seguem, de acordo com a visão assumida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo Provimento n. 612/68.

Discute-se, portanto, a constitucionalidade e a legalidade desta situação vivenciada nesse importante Estado da nossa Federação.

## IV. 2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO, A LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 539/88 E O PROVIMENTO N. 612/98

### *IV. 2.1. A vigência e a aplicabilidade da Lei Estadual n. 539/88.*

Diante de tudo o que restou dito, a primeira tarefa que temos agora diante de nós é o debate sobre a vigência e a aplicabilidade da Lei Complementar Estadual n. 539/88.

Este diploma legal foi aprovado sob a égide da Constituição anterior. Em momento algum contrariou o texto da Carta Constitucional de 1967, com as alterações empreendidas pela Emenda Constitucional n.1/69. Apesar das impugnações feitas, o Supremo Tribunal Federal não firmou qualquer entendimento diferente sobre a matéria. Aliás, diga-se de passagem, o próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao que vimos, tinha esta mesma compreensão.

Contudo, se na sua origem a Lei Complementar Estadual n. 539/88 tinha adequação com as normas constitucionais que na época da sua edição estavam a vigor, cumpre que se indaguemos agora, nesta manifestação opinativa, se ela foi ou não recepcionada pelo texto da nossa atual Carta Constitucional Federal. Se recepcionada foi, sua vigência se impunha e suas regras deveriam forçosamente ser respeitadas pelos órgãos públicos competentes do Estado de São Paulo para os procedimentos de outorga das delegações para exercício da atividade notarial e de registro. Se não foi, naturalmente, seu texto não deveria ser tido como parâmetro normativo para a outorga destas delegações.

Como já vimos em longa exposição anterior ao longo da presente análise, o disposto no art. 236 da Constituição Federal de 1988 não suprimiu o espaço normativo para que os Estados editassem leis próprias em matéria de

organização administrativa para o exercício da atividade notarial e de registro<sup>174</sup>. Da mesma forma, vimos que a norma que estabelece o princípio do “concurso” na nossa Carta Constitucional é norma de “*eficácia limitada*”<sup>175</sup>. Nessa medida, no caso de existir legislação estadual anterior a entrada em vigor do texto constitucional de 1988, estes diplomas restariam aplicáveis nesta matéria, até a entrada em vigor da Lei federal estipuladora de normas gerais, na conformidade do disposto no art. 236, §1º, deste mesmo texto constitucional. Isto porque, tratando-se de *competência concorrente*, como já indicado acima, por força do art. 24, §3º, da própria Constituição Federal “*inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender suas peculiaridades*”. Somente com o advento da lei prevista no art. 236, §1º, assim, naquilo que porventura viesse a ter incompatibilidade com o texto da lei estadual, é que o texto desta última teria sua “*eficácia suspensa*” (art. 24, §4º, da *Constituição Federal*)<sup>176</sup>.

Donde poderemos ter, como primeira conclusão que, no que concerne aos procedimentos seletivos (concursos) para a outorga de delegações a notários e registradores, a Lei Complementar Estadual n. 539/88 *não perdeu sua vigência com a entrada em vigor do texto da Constituição de 1988*. Sendo a norma do art. 236, §3º, norma de *eficácia limitada*, até a entrada em vigor da lei federal disciplinadora de normas gerais, esta lei estadual tinha total liberdade para dispor sobre a matéria.

Contudo, mesmo que não fosse assim, outro entendimento não seria possível sobre a matéria. Com efeito, mesmo que aplicabilidade imediata tivesse o art. 236, §3º, da nossa lei maior, *não existiria qualquer incompatibilidade entre o seu texto e o disposto na Lei complementar Estadual n.539/88, no que concerne à questão do ato de outorga e do concurso exigido para a investidura no exercício da atividade notarial e de registro*.

Não é difícil, com a devida vênias, demonstrar-se esta conclusão.

---

<sup>174</sup> V. item II.1, *supra*.

<sup>175</sup> V. item II.3, *supra*.

<sup>176</sup> V. item II.3, *supra*.

De fato, em primeiro lugar, cumpre observar que a Lei Complementar Estadual *sub examine*, no que concerne ao ato de outorga da delegação, não revela qualquer incompatibilidade com o texto constitucional de 1988. Já vimos que, pelo texto da nossa vigente Carta Constitucional, na falta de regra imposta em sentido contrário, esta outorga deve ser atribuição do Poder Executivo Estadual<sup>177</sup>. E a respeito, observe-se, diz a Lei Complementar Estadual n. 539/88, no seu art 3º, §2º, que o “provimento far-se-á mediante nomeação por ato do Chefe do Poder Executivo, segundo a ordem de classificação obtida no concurso”. A adequação, portanto, com o texto da Constituição Federal, é total.

Em segundo lugar, também não existe qualquer descompasso dessa Lei Complementar Estadual com a nossa Constituição Federal quanto a atribuição de competência para a realização dos concursos para a outorga de delegações *originárias* ou *derivadas (remoção)* a notários e a registradores. De acordo com a análise anteriormente empreendida, em face do disposto no art. 236, §1º, da Constituição Federal, nada estaria a impedir que se admitisse, por lei, a realização pelo Poder Judiciário destes procedimentos administrativos<sup>178</sup>. E esta, constate-se, foi a determinação firmada no *caput* do artigo 4º da aludida Lei Complementar do Estado de São Paulo. Determinou este dispositivo que “*competete ao Tribunal de Justiça a realização do concurso para provimento dos cartórios extrajudiciais, assim como a elaboração dos respectivos regimentos, observadas as normas desta lei complementar*”. Incompatibilidade, assim, também aqui não haverá entre os textos em exame.

Finalmente, em terceiro lugar, também não se pode falar na existência de qualquer incompatibilidade entre o texto constitucional de 1988 e a Lei Complementar Estadual n. 539/88 quanto ao *modus* de realização dos concursos. Já afirmamos, em minuciosa exposição acima firmada, que no art. 236, §3º, da nossa lei maior, o *princípio do concurso “público”*, a ser realizado exclusivamente na modalidade de “*provas e títulos*”, está dirigido exclusivamente à outorga da *delegação originária (ingresso na atividade notarial e de registro)*. Para a outorga da *delegação derivada (remoção)* o que se exige é o “*concurso*” que, a *critério do legislador*

---

<sup>177</sup> V. item II.2.1, *supra*

<sup>178</sup> V. item II.2.3.2., *supra*

*ordinário*, poderá ser “*de provas*”, “*de títulos*” ou de “*provas e títulos*”. A seu critério discricionário caberá fixar o que entender por melhor ao interesse público<sup>179</sup>.

Ora, sendo assim, não se pode falar em qualquer incompatibilidade jurídica entre o texto da Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar Estadual n. 539/88, pelo fato desta última ter estabelecido, no seu artigo 3º que “*o provimento de cartório de classe inicial, de qualquer natureza, far-se-á após aprovação em concurso público de provas e títulos*” (art. 3º, “*caput*” - grifo nosso) e que “*o provimento de cartório das demais classes, de qualquer natureza, far-se-á após aprovação em concurso de acesso, de provas e títulos*” (art. 3º, §1º - grifo nosso). A adoção da modalidade de concurso de “*provas e títulos*” é obrigatória no primeiro caso, e inteiramente *compatível* com o texto do art. 236, §3º, da nossa lei maior, no segundo.

Desnecessário seria dizer ainda que não há incompatibilidade jurídica entre os *aspectos administrativos* disciplinados pela Lei Complementar Estadual n. 539/88 e o texto da Constituição Federal, em relação aos concursos realizados para a outorga de investidura originária ou derivada a notários e registradores. As condições estabelecidas para a inscrição para a participação do concurso para “*provimento de cargo inicial*” (art. 7º) e para o concurso de “*acesso*” (arts. 8º e 9º), bem como os próprios *critérios para avaliação das provas escritas e títulos* (arts. 10 a 13) não colidem em qualquer perspectiva com o texto da nossa lei maior. A exemplo do que ocorreu com o *modus* pelo qual deve ser realizado o concurso para a outorga da delegação *derivada*(*remoção*), estes pontos foram deixados pelo constituinte ao poder discricionário da legislação disciplinadora da matéria. E assim foi feito, sem que, ao que nos parece, qualquer princípio ou dispositivo da Constituição Federal tenha sido ofendido.

Desse modo, temos que ao menos sob os aspectos analisados, *não existe qualquer incompatibilidade lógica entre o texto da Constituição Federal e a Lei Complementar Estadual n. 539/88*. Mesmo que o art. 236, §3º, da nossa vigente Carta Constitucional tivesse eficácia plena (o que como vimos, não é o caso), a harmonização de conteúdos seria total.

---

<sup>179</sup> V. item II.2.3.2, *supra*

Com o texto da Constituição do Estado de São Paulo, de 5 de outubro de 1989, sob os aspectos examinados, também não colidiu a Lei Complementar Estadual n. 539/88. Este texto constitucional, nos termos retro salientados, no seu art. 68, apenas se limitou a prever que o “*ingresso na atividade notarial e registral, tanto de titular como de preposto*” dependeria “*de concurso público de provas e títulos*” e que este concurso seria realizado pelo “*Poder Judiciário*”, “*observadas as normas da legislação estadual vigente*”. Nada incompatível, portanto, com as regras analisadas do aludido diploma complementar estadual.

Este quadro também não foi, ao menos em grande medida, alterado pela entrada em vigor da lei regulamentadora do art. 236, §3º, da Constituição Federal, a Lei federal n. 8.935/94. Naturalmente, *todos os dispositivos da Lei Complementar Estadual n. 539/88 que porventura tenham conflitado com as normas gerais definidas naquele diploma federal, tiveram, desde a entrada em vigor deste último, sua “eficácia suspensa”, nos termos do art. 24, §4º, da Constituição Federal.*

O objeto da presente Consulta, todavia, exige uma atenção especial para certos aspectos específicos da Lei Complementar Estadual n. 539/88, a partir da entrada em vigor da Lei n. 8.935/94. Em breves linhas, passemos a fazer referência a eles.

No que concerne à *competência para a realização do concurso público*, nenhuma modificação ocorreu. Determinou o art. 15, *caput*, da Lei n. 8.935/94 que “*os concursos serão realizados pelo Poder Judiciário, com a participação em todas as suas fases, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de um notário e de um registrador.*” A solução foi a mesma que a adotada, na essência, pelo art. 4º da Lei Complementar Estadual n. 539/88, ao estabelecer que ao *Poder Judiciário* compete a realização deste procedimento. Quanto aos aspectos secundários dos textos, quais sejam os pertinentes a participação, em todas as fases dos concursos, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de um notário e de um registrador, naturalmente, a lei federal se impôs como diretriz geral, *suspendendo a eficácia* de quaisquer dispositivos particulares da lei estadual que porventura pudessem vir a guardar incompatibilidade lógica ou jurídica com esta particular determinação normativa (*art. 24, §4º, da C.F.*).



A questão da *outorga da delegação* também não pode ser vista como um problema. Como já dissemos, a Lei Complementar Estadual estabeleceu a competência para sua realização ao Chefe do Poder Executivo Estadual (art. 3, §2º). A Lei n. 8935/94, em decorrência do veto presidencial ao seu art. 2º, silenciou a respeito<sup>180</sup>. Em consonância com o texto da Constituição Federal, deve-se reconhecer, portanto, que restou vigente e intocado este dispositivo da legislação do Estado de São Paulo.

Já a questão do *modus* da realização do concurso para outorga da *delegação derivada (concurso de remoção)*, merece análise cuidadosa, em face das complexas nuances normativas envolvidas.

A Lei Estadual Complementar n. 539/88, reafirmemos, determinou a realização destes procedimentos pelo critério de “*provas e títulos*” (art. 3º, §1º), hipótese inteiramente admitida pelo texto Constitucional de 1988. Na sua redação original, a Lei n. 8.935/94, também determinou no seu art. 16 que “*as vagas serão preenchidas alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e uma terça parte por concurso de remoção, de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia notarial e de registro fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção por mais de seis meses*” (grifo nosso).

Nenhuma inadequação existia, portanto, de início, quanto ao *modus* de realização do concurso em questão. Ele indubitavelmente deveria ser realizado pela modalidade de “*provas e títulos*”.

Este quadro foi modificado, porém, algum tempo depois. Como já observado anteriormente ao longo desta manifestação opinativa, em 9 de julho de 2002, a Lei federal n. 10.506 modificou a redação do precitado art. 16 da Lei n.8.935/94. Determinou, *in verbis*, este novo diploma legal que “*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)

<sup>180</sup> V. item II.2.1, *supra*. O veto se deu por entender o Chefe do Executivo Federal que não poderia esta outorga de delegação ser feita pelo “*Poder Judiciário do Estado-Membro e do Distrito Federal*”, como propunha equivocadamente o texto aprovado pelo Congresso Nacional.

Incompatíveis passaram a ser, assim, os textos da legislação federal e da estadual. A lei federal impôs norma geral no sentido de que os concursos para outorga da *delegação derivada* deveriam ser realizados “*por títulos*” apenas. A segunda, ao revés, impunha que fosse realizado por “*provas e títulos*”.

A partir do momento em que se verificou esta incompatibilidade, materializou-se a hipótese prevista no art. 24, §3º, da Constituição Federal. De fato, com a entrada em vigor da Lei n. 10.506, em 9 de julho de 2002, restou “*suspensa a eficácia*” do art. 3º, §1º, da *Lei Estadual Complementar n. 539/88*.

Impende observar, assim, que a aplicabilidade do art. 3, §1º, da Lei Complementar Estadual n. 539/88, deve ser apreciada dentro da seguinte distinção temporal:

- a. *a partir da sua entrada em vigor, em 26 de maio de 1988, por ter sido recepcionado pela Constituição Federal e estar adequada ao disposto na Lei federal n. 8.935/94, projetou regularmente os seus efeitos, até a modificação do texto deste último diploma legislativo pela Lei federal n. 10.506/02. Durante todo este período de tempo os concursos para outorga da delegação derivada deveriam ser realizados por “provas e títulos”;*
- b. *sua eficácia ficou “suspensa”, todavia, em 18 de novembro de 1994, até os dias atuais, por força da nova redação dada pela Lei federal n. 10.506/02. A partir deste momento, todos os concursos realizados necessariamente deveriam ter sido efetivados pela modalidade “por títulos”.*

Pondere-se que a entrada em vigor das Leis estaduais n. 10.340/99 e n. 12.227/2006, de fato, acabaram por não afetar a vigência da Lei Estadual Complementar n. 539/88. Deveras, ambas foram tidas como inconstitucionais por decisões jurisdicionais tomadas pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>181</sup>, o que afastou a possibilidade das suas respectivas incidências *in*

---

<sup>181</sup> *V item IV.1, supra. Note-se ainda que a Lei estadual n. 10.340/99 foi expressamente revogada pelo art. 65 da Lei estadual n. 12.227/2006.*

*concreto*. Como determina o art. 11 da Lei federal n. 9.868/99, ao dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, “*a concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário*”.

Donde devemos concluir, em síntese, que a *Lei Complementar Estadual n. 539/88 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e pela Constituição do Estado de São Paulo. Todos os seus dispositivos que não conflitem com a Lei Federal n. 8.935/94 e suas alterações posteriores, na medida em que vigentes e aplicáveis, devem ser observados rigorosamente. Inclusive, por óbvio, quando da realização ‘in concreto’ de concursos para outorga de delegações das serventias extrajudiciais.*

Naturalmente, ao revés, *as normas da Lei Complementar Estadual n. 539/88 que sejam incompatíveis com as normas gerais firmadas pela Lei Federal n. 8.935/94, a partir da data em que entrou em vigor este último diploma legislativo (18 de novembro de 1994), vieram a ter a sua eficácia suspensa, nos termos do art. 24, §4º, da Constituição Federal. A partir daquele momento, não poderiam ser tidas como aplicáveis às situações que disciplinavam. O mesmo também se deverá dizer acerca das normas da Lei Complementar Estadual n. 539/88 que colidiram com as alterações introduzidas na Lei n. 8.935/94 pela Lei federal n. 10.506/02, como é o caso do seu art. 3º, §1º. A partir da data da entrada em vigor deste último diploma, em 9 de julho de 2002, tiveram igualmente a sua eficácia suspensa.*

#### ***IV. 2.2. O Provimento n. 612, de 23 de outubro de 1998, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo***

Em 23 de outubro de 1998, editou o Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, o provimento n. 612, com o objetivo de disciplinar “*o concurso de provas e títulos para a outorga das Delegações de Notas e de Registro*”.

Por tudo que já se analisou ao longo da presente manifestação opinativa, dúvida de qualquer natureza não se pode ter de que este ato administrativo deveria ter guardado estrita obediência ao determinado pela Lei federal n. 8.935/94 e pela Lei Complementar Estadual n. 539/88. Do mesmo modo, a partir da edição da Lei n. 10.506/2002, ao se dar nova redação ao disposto no artigo 16 da Lei n. 8.935/94, tudo que neste Provimento restou incompatível com esta nova realidade legal, não poderia ser tido como vigente. Afinal, como sabido, no ordenamento jurídico pátrio *é sempre a lei que deve reger, sob todos os seus aspectos, a outorga da delegação prevista no art. 236 da Constituição Federal*. Não se pode admitir, em tal campo, por ausência de delegação ou exceção constitucional explícita, a existência de qualquer espécie de *regulamentos administrativos autônomos ou independentes*. *Ato administrativo, por si só, jamais poderá ter legitimidade jurídica para, em caráter inovador, determinar a forma de processamento de um procedimento que implica na definição de direitos subjetivos de eventuais competidores a obtenção de uma delegação notarial ou de registro*. O *princípio da legalidade*, anteriormente abordado e analisado, não o permite. Contra a lei, ou no silêncio dela, o administrador público não poderá agir, realizando a seu livre talante e critério, quaisquer comportamentos ou determinações jurídicas. Como já se disse em bom tempo, *“administrar é aplicar a lei de ofício”*. E onde inexistente lei, inexistente poder de ação administrativa, seja ele vinculado ou discricionário<sup>182</sup>. É o que nos diz a Constituição Federal, no seu art. 5º, II, ao afirmar o *princípio da legalidade*, ou seja, que *“ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

Ademais, relembremos, é a própria Constituição Federal que reafirma escancaradamente este óbvio entendimento da matéria ao estabelecer no seu art. 236, § 1º, que *“a lei regulará as atividades”* dos notários, oficiais de registro e seus prepostos, *“e definirá a fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário”* (grifo nosso). Nisso também, como não poderia deixar de ser, foi acompanhada de perto pela própria Constituição do Estado de São Paulo quando, no seu

<sup>182</sup> De há muito resta superada na doutrina a tese de que o poder discricionário nasceria para o administrador diante da omissão da lei. Como se sabe, no mundo administrativo, ao contrário do que ocorre no mundo privado, *“o que não é permitido pela lei é proibido”*. Logo, na ausência da lei, o que existe é a proibição da ação e não a autorização para a sua prática. A discricionariedade apenas existe a partir de uma autorização legal explícita ou implícita para a atuação administrativa.

art. 68, parágrafo único, determinou explicitamente que “*competete ao Poder Judiciário a realização do concurso de que trata este artigo, observadas as normas da legislação estadual vigente*” (grifo nosso)

*Jamais poderá, portanto, um órgão administrativo de quaisquer dos Poderes do Estado, inclusive do próprio Poder Judiciário, vir a disciplinar, contra lei ou na ausência dela, em caráter inovador, restrições, direitos ou deveres, atinentes ao exercício da a atividade notarial e de registro. Nisto se inclui, naturalmente, a disciplina dos concursos previstos no art. 236 da Constituição Federal para a outorga da delegação para exercício da atividade notarial ou de registro.*

Dúvidas não podem existir, portanto, que diversas das normas fixadas no Provimento n. 612/98 são *manifestamente inconstitucionais ou ilegais* desde a sua edição, ou *tornaram-se inválidas* a partir de mudanças posteriores ocorridas na legislação federal. *Concursos que eventualmente nelas tenham se baseado, por óbvio, devem ser tidos como indiscutivelmente viciados, para todos os fins de direito.*

Mergulhemos na análise das normas polêmicas contidas no Provimento n. 612/88 e que ensejaram, em parte, a formulação desta manifestação opinativa.

#### *IV. 2.2.1. O art. 8º*

Disciplinando os Editais de concurso para a outorga de delegações notariais e de registro, o Provimento n. 612/88 determina, no seu art. 8º, *caput*, que:

*“art. 8º. O Edital do concurso que não terá prazo superior a quinze dias será publicado por três vezes no Diário Oficial e disporá sobre a forma de*

*realização das provas, que poderão incluir diversas fases, com exames escritos, práticos, orais e entrevistas.*” (grifo nosso)

Como se observa da imediata leitura deste texto normativo, segundo resta estabelecido, o concurso para a outorga da delegação a notários e a registradores poderá incluir, a critério discricionário do órgão administrativo que o promover, além de prova escrita, exames “práticos”, “orais” e “entrevistas”.

A colisão deste dispositivo normativo com o texto da Lei Complementar Estadual n. 539/98 é manifesta. Determina o art. 10 deste último diploma normativo, *in verbis*, que “os concursos compreenderão prova escrita e avaliação dos títulos”. Ou seja: *não existe qualquer autorização legal para a realização de exames “práticos”, “orais” ou de “entrevistas”*. A lei estipula apenas e tão somente “prova escrita” para estes concursos.

Não se diga aqui que a interpretação da lei não deveria ser tão rigorosa e formalista, ou que seria possível uma interpretação “ampliativa” da expressão “prova escrita”, para nela “incluir” exames “práticos”, provas “orais” e “entrevistas”. Por óbvio, razões de avaliação do que seria melhor para o interesse público fizeram com o que o legislador restringisse o âmbito do concurso exclusivamente à realização de *provas escritas*. E não é difícil perceber-se que avaliação foi esta. De fato, como sabido, a avaliação da realização de exames práticos, de provas orais e de entrevistas comporta *subjetivismo* pouco recomendável em concursos em que a *objetividade* da seleção dos competidores deve ser a sua maior virtude.

De fato, o exercício da atividade notarial e de registro implica em situações remuneratórias de bom nível, com grandes variações de ganhos, de acordo com a serventia ocupada. Claro, portanto, que a maximização da *objetividade* nesses concursos é valor desejável e recomendável. A presença do *subjetivismo* em procedimentos seletivos dessa natureza é parente próximo do desmando, do arbítrio, da ofensa à isonomia, à impessoalidade e à moralidade administrativa. Disso, seguramente, resultou a opção do legislador do Estado de São Paulo exclusivamente pela

*prova escrita*. Quaisquer outras formas de avaliação que pudessem importar em pequena ou grande dose de subjetividade foram afastadas.

Jamais poderia, assim, um ato administrativo do Conselho Superior da Magistratura, ao menos validamente, ter contrariado o disposto na Lei Complementar Estadual n. 539/98. Atos administrativos só podem dispor em consonância com o determinado ou autorizado em lei, por força do já estudado *princípio da legalidade*. Se a lei prevê unicamente para o concurso a realização de provas escritas, somente estas provas poderão estar previstas para avaliação dos candidatos nestes procedimentos seletivos. Outras, de diferentes naturezas, sob nenhum argumento ou hipótese, poderão ser admitidas.

Donde a ilegalidade óbvia e manifesta do disposto no art. 8º, *caput*, do Provimento n. 612/88.

Cumprindo observar, todavia, que no mesmo art. 8º do Provimento 612/98, outra regra deve merecer comentários nesta manifestação opinativa. Trata-se do comando contido no seu § 2º. Diz este dispositivo normativo que "*o Edital indicará as matérias das provas a serem realizadas*".

Evidentemente, não há nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade neste comando. É de todo natural e correto que os Editais dos concursos estabeleçam as matérias que ensejarão o exame dos candidatos. Todavia, o fato deste dispositivo normativo não ter reproduzido fielmente o determinado sobre esta questão pela Lei Complementar Estadual n. 539/98, pode ensejar dúvidas e equívocos.

Com efeito, determinam os §§ 1º e 2º, do art. 10, desta lei complementar estadual que:

*"art. 10 (...)*

*§ 1º O Edital de concurso conterà relação dos cartórios vagos e as matérias sobre as quais versará a prova escrita.*

§ 2º *A prova escrita versará sobre matéria concernente à natureza da serventia em concurso.*

(grifo nosso)

Como se pode com certa facilidade observar, deixou o art. 8º, § 2º, do Provimento n. 612/98 de dizer que o Edital, ao relacionar as matérias para a prova escrita, cuidará para que estas sejam *exclusivamente relacionadas à natureza da serventia em concurso.*

Não há nisso, repita-se, qualquer ilegalidade. O texto do Provimento apenas *omitiu* regra que, por imposição legal, deve ser aplicada a todos os concursos realizados para a outorga da delegação para o exercício da atividade notarial e de registro. *É a regra de que a prova exigida apenas poderá versar sobre matérias que guardem pertinência direta com a natureza da serventia posta em concurso. Outras matérias, por evidência, não poderão ser exigidas nestas provas seletivas.*

Dessa omissão, porém, não se pode inferir que o disposto no art. 10, § 2º, da Lei Complementar Estadual n. 539/98 não seria mais aplicável. Um ato administrativo, por regra explícita ou por omissão, não tem o condão de inibir os efeitos de uma disposição legal vigente. Apesar da omissão do Provimento n. 612/98 a respeito, continua a vigor a regra, no Estado de São Paulo, de que para a outorga da delegação prevista no art. 236 da Constituição Federal as provas escritas deverão ter por objeto exclusivamente matérias diretamente relacionadas “*à natureza da serventia em concurso*”. Observe-se, aliás, que esta regra em nada contraria as disposições da Lei federal n. 8.935/94, podendo assim ser perfeitamente estabelecida por lei estadual<sup>183</sup>.

Desse modo, se em um concurso para outorga da delegação para o exercício de atividade notarial ou de registro, no Estado de São Paulo, for exigida, em prova escrita, matéria que não guarde pertinência direta com a serventia objeto do procedimento seletivo, a situação será de clamorosa *ilegalidade*. E *viciado*, naturalmente, será o concurso realizado.

<sup>183</sup> A lei n. 8935/94 limita-se a estabelecer no seu art. 18 que “*a legislação estadual disporá sobre normas e os critérios para o concurso de remoção*”.



#### IV. 2.2.2. O art. 11

Disciplinando o concurso público de provas e títulos para a outorga das Delegações de Notas e de Registro, o art. 11 do Provimento n. 612/98 fixou os valores a serem conferidos, nestes processos seletivos, aos "títulos" apresentados pelos candidatos. Nesse sentido, determinou que:

*"art. 11. Os valores conferidos aos títulos serão os seguintes:*

*1 – cada período de cinco anos ou fração superior a 30 (trinta) meses de exercício de qualquer carreira jurídica: 1,0 (um) ponto;*

*2 – cada período de 5 (cinco) anos ou fração superior a 30 (trinta) meses de exercícios, ininterruptos ou não, de titularidade de serviço extrajudicial: 1,0 (um) ponto;*

*3 – cada período de 5 (cinco) anos ou fração superior a 30 (trinta) meses de exercício, ininterruptos ou não, da função de preposto de serviço extrajudicial: 0,6 (seis décimos) de ponto;*

*4- cada exercício superior a 90 (noventa) dias de exercício em trabalhos de intervenção realizados nas delegações de notas e de registro, sem prejuízo do disposto nos itens 2 e 3: 0,4 (quatro décimos) de ponto;*

*5- período igual a 3 (três) eleições, contando uma só vez, de serviços prestado, em qualquer condição, à Justiça Eleitoral: 0,4 (quatro décimos de ponto);*

*6- título reconhecido de doutorado ou mestrado em direito, qualquer deles contando uma só vez: 0,3 (três décimos) de ponto.*

*§ 1º Na hipótese do item 3 supra, quando o preposto também for bacharel em Direito, serão computados mais 0,4 (quatro décimos) de ponto, para*

*cada período de 5 (cinco) anos ou fração superior a 30 (trinta) meses, contados da data da colação de grau.*

*§ 2º A pontuação acima aplica-se, no que for pertinente, ao concurso de remoção”.*

É sem dúvida alguma curiosa esta norma regulamentar. Ela ignora, por inteiro, o disposto na Lei Complementar Estadual n. 539/98. Trata da matéria, como se respeito à lei, não tivesse que guardar.

Deveras, determina o art. 10, §§ 4º a 8º, desta Lei Complementar Estadual que:

*“art. 10 (...)*

*(...)*

*§ 4º Os valores conferidos aos títulos serão os seguintes:*

*1 – diploma de bacharel em direito: 1 (um) ponto*

*2 – cada período de 5 (cinco) anos de exercício da advocacia: 0,3 (três décimos) de ponto;*

*3 – cada período de 5 (cinco) anos ou fração superior a 30 (trinta) meses de exercício ou não no cargo de serventuário extrajudicial, efetivo, interino ou substituto: 1,0 (um) ponto;*

*4 – cada período de 5 (cinco) anos ou fração superior a 30 (trinta) meses de exercício, ininterruptos ou não, na função de oficial maior de serventia extrajudicial: 0,9 (nove décimos) de ponto;*

*5 – cada período de 5 (cinco) anos ou fração superior a 30 (trinta) meses de exercício no caso de escrevente extrajudicial; 0,8 (oito décimos) de ponto;*

6- cada período contínuo de 5 (cinco) anos ou fração superior a 30 (trinta) meses de exercício como servidor de serventia extrajudicial, sem punição disciplinar: 0,4 (quatro décimos) de ponto, até o máximo de 2 (dois) pontos;

7- período superior a 180 (cento e oitenta) dias de exercício no cargo de serventuário, na qualidade de interventor, sem prejuízo do disposto no item 3: 0,8 (oito décimos) de ponto;

8- cada período de 5 (cinco) anos ou fração superior a 30 (trinta) meses de exercício do cargo de auxiliar de serventia extrajudicial: 0,5 (cinco) décimos de ponto;

9- período superior a 2 (dois) anos, contado uma só vez, de exercício como escrivão eleitoral: 0,4 (quatro décimos) de ponto

10 – período igual a 2 (duas) eleições, contado uma só vez, de serviço à Justiça Eleitoral, como scrutador, mesário, ou auxiliar de qualquer natureza, excluído o tempo contado pelo item anterior: 0,3 (três) décimos de ponto;

§ 5º Quando a soma das frações de tempo referidas nos itens 3, 4, 5 e 8 do parágrafo anterior superar 5 (cinco) anos e não tenham sido computadas para avaliação de títulos, o candidato fará jus à pontuação mais elevada, correspondente à função que tenha exercido por período igual ou superior a 30 (trinta) meses, ininterruptos ou não.

§ 6º Os pontos apurados por período de exercício em serventia extrajudicial da mesma natureza da posta em concurso serão acrescidos da terça parte.

§ 7º Os títulos deverão ser apresentados após a publicação das notas conferidas à prova escrita, no prazo que a comissão prevista no art. 6º fixar, e serão pontuados até a data dessa publicação.

§ 8º Quando se tratar de provimento inicial, o valor dos títulos indicados no parágrafo 4º deste artigo será reduzido à metade”.

O descompasso entre os dois textos é absoluto. Evidentemente, no choque entre a lei e o ato administrativo que a regulamenta, a primeira, por ser norma hierarquicamente superior, é que deve prevalecer.

A conclusão, desse modo, é óbvia: *os concursos para outorga da delegação a notários e registradores devem adotar os critérios de avaliação de títulos previstos no art. 10 da Lei Complementar Estadual n. 539, de 26 de maio de 1988. Os critérios indicados no artigo 11 do Provimento n. 612, de 23 de outubro de 1988, na medida em que colidam com o disposto naquele dispositivo legal, devem ser ignorados, em decorrência da sua mais absoluta invalidade..*

#### IV. 2.2.3. O art. 16

Determina o art. 16 do Provimento n. 612/98 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo que:

*“art. 16. Encerrando o concurso, o Presidente do Tribunal de Justiça expedirá ato outorgando a delegação”*

A ofensa praticada por esta norma administrativa ao texto da nossa Constituição Federal é manifesta e inconteste. De acordo com o já analisado neste estudo<sup>184</sup>, por força do *princípio da separação dos poderes* (art. 2º da Constituição Federal) e da ausência de qualquer norma constitucional excepcionadora da sua incidência *in casu*, a competência para a outorga desta delegação a notários e a registradores é exclusivamente do *Poder Executivo*. Um simples ato

---

<sup>184</sup> V. item II.2.1, *supra.*

administrativo praticado por órgão incrustado na estrutura do Poder Judiciário não pode pretender, em bom direito, pretender alterar esta competência.

Aliás, como também já observado anteriormente, a própria Lei n. 8.935/94, quando da sua sanção pelo Presidente da República, teve vetado o texto do art. 2º da propositura aprovada pelo Congresso Nacional exatamente por isso<sup>185</sup>. Ele determinava que “*os serviços notariais e de registro são exercidos, em caráter privado, por delegação do Poder Judiciário do Estado-Membro e do Distrito Federal*”. Em decorrência da sua reconhecida inconstitucionalidade não veio a integrar o texto da lei nacional dos notários e dos registradores.

Como pode então um simples ato administrativo de um órgão vinculado ao Poder Judiciário pretender alterar esta realidade constitucional? É, *data máxima vênia*, juridicamente inaceitável.

Não bastasse isso, além de inconstitucional é também *ilegal* o art. 16 do Provimento n. 612/98, na medida em que ofende diretamente o art. 3º, §2º, da Lei Complementar Estadual n. 539, de 26 de maio de 1988. Este diploma legal, como já restou igualmente observado, neste dispositivo, determinou que a delegação para o exercício da atividade notarial e de registro se fará por “*nomeação do Chefe do Poder Executivo, segundo ordem de classificação obtida no concurso*”.

Todas as delegações outorgadas pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com base no art. 16 do Provimento n. 612/98, são *nulas de pleno direito*, por manifesto vício de competência. Ofendem à Constituição Federal e o art. art. 3º, §2º, da Lei Complementar Estadual n. 539/88.

#### *IV. 2.2.4. O Provimento n. 612/98, a Lei Complementar Estadual n. 539/88 e a Lei federal n. 10.506/02*

Já tivemos oportunidade de dizer que a Lei Complementar n. 539/88 determinou, no seu art. 3º, que a outorga da delegação, a título

---

<sup>185</sup> V. item II,2,1, *supra*

*originário (ingresso) ou derivado (remoção)*, para exercício da atividade notarial e de registro para quaisquer serventias se dará por concursos de “*provas e títulos*”. Como a Constituição Federal não determinou o *modus* pelo qual estes concursos devem ser realizados, deixando ao legislador ordinário decisão discricionária sobre a matéria, este dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988<sup>186</sup>. Também já observamos que o texto original do art. 16 da 8.935/94 determinava que os concursos de “*remoção*” deveriam ser de “*provas e títulos*”, o que tornava o texto da Lei Complementar Estadual n. 539/88, sob este aspecto, inteiramente compatível com o da Lei nacional disciplinadora da atividade notarial e de registro.

Assim, quando da edição do Provimento n. 612/98, em 23 de outubro de 1998, tinha-se como de todo adequado que se viesse a estabelecer como o fez este ato administrativo regulamentar, que “*o preenchimento das delegações vagas far-se-á por concurso público, de provas e títulos, sendo que 2/3 das vagas serão destinados à admissão dos candidatos que preencherem os requisitos legais previstos no art. 14 da Lei Federal n. 8.935/94 e 1/3 (um terço) por concurso de remoção, aos candidatos que estiverem exercendo a titularidade de outra delegação, de notas ou de registro, por mais de dois anos, na forma do art. 17 da Lei Federal n. 8.935/94, na data da publicação do primeiro edital de abertura de concurso*” (grifo nosso). Nesse momento, adequado estava este ato ao que restava disposto na legislação federal e estadual disciplinadoras da matéria.

Todavia, como igualmente já observado, este quadro foi inteiramente alterado com a entrada em vigor da Lei Federal n. 10.506, em 9 de julho de 2002<sup>187</sup>. Este diploma legal modificou a redação do art. 16 da Lei n. 8.935/94 que passou a determinar, a partir desta data, que os concursos de “*remoção*” deveriam ser realizados “*mediante concurso de títulos*”.

A partir desse momento, nos termos do art. 24, §4º, da Constituição Federal, ficou *suspensa a eficácia* do art. 3º, §1º, da Lei Complementar Estadual n. 539/88 que determinava que estes concursos fossem realizados pela modalidade de “*provas e títulos*”. Da mesma forma, passou a ser

---

<sup>186</sup> *V item IV.2.1, supra.*

<sup>187</sup> *V. itens III e IV.2.1, supra*

marcado por uma *ilegalidade superveniente*, sob este exclusivo aspecto, o precitado artigo 16 do Provimento n. 612, de 23 de outubro de 1998.

*Logo, todo e qualquer concurso para a outorga de delegação derivada ("remoção") para o exercício de atividade notarial e de registro, a partir de 9 de julho de 2002 (data da entrada em vigor da Lei Federal n. 10.506/2002), passou a ter a sua realização "por títulos" como obrigatória. Concursos dessa natureza que porventura tenham ignorado essa realidade, seguindo o disposto no Provimento n. 612/2002, apesar da sua ilegalidade superveniente, terão sido realizados em clara incompatibilidade com o nosso direito positivo em vigor. Serão inválidos, por conseguinte, impondo-se a sua anulação por via judicial ou administrativa.*

Por último, uma importante observação final deverá ser agora firmada. A Lei Complementar Estadual n. 539/88, com o advento da Lei Federal n. 10.506/02, como salientado, passou a ter a sua *eficácia suspensa* ao determinar que os concursos para a outorga derivada da delegação a notários e registradores ("remoção") deveriam ser realizados por "*provas e títulos*". Considerando-se então que o art. 18 da Lei federal n. 8.935/94 estabelece que "*a legislação estadual disporá sobre as normas e os critérios para o concurso de remoção*", a suspensão dessa eficácia pode ser vista como uma condição impeditiva para a adoção obrigatória da avaliação dos títulos estabelecida no art. 10 da Lei Complementar Estadual n. 539/88, como acima sustentado<sup>188</sup>?

Evidentemente que não. Com a entrada em vigor da Lei Federal n. 10.506/02 o que houve foi a suspensão da eficácia *exclusivamente* da norma que afirmava, na Lei Complementar Estadual n. 539/88, que os concursos de "remoção" (art. 3º, §1º) deveriam ser realizados por "*provas e títulos*". *Todos os demais dispositivos deste diploma legal, naturalmente, ficaram intocados e dotados de plena eficácia.*

Desta forma, reiterando-se o entendimento já aqui sustentado no item IV. 2.2.2, *supra*, entendemos que os concursos para outorga da delegação a título derivado ("remoção"), no Estado de São Paulo, *obrigatoriamente*,

---

<sup>188</sup> V. item IV.2.2.2, *supra*.

*deverão* respeitar a avaliação dos “*títulos*” determinada nos §§ 4º a 8º, do art. 10 da Lei Complementar Estadual n. 539/88.



## V- CONCLUSÕES FINAIS

Após todas as considerações desenvolvidas, para a adequada síntese do exposto, passamos a apresentar as seguintes conclusões em resposta aos quesitos que nos foram apresentados pelo Consulente:

1. Dispositivos da Lei Complementar nº 539/88, que não conflitam com a Lei Federal nº 8.935/94, teriam sido recepcionados e deveriam ser observados no concurso de provimento da titularidade da delegação das serventias de notas e de registro do Estado de São Paulo, face à suspensão pelo TJ da Lei 12.227/06, mediante o disposto no art. 11, da Lei Federal nº 9.868/99?

*R: Sim. A Lei Complementar Estadual n. 539/88 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e pela Constituição do Estado de São Paulo. Logo, todos os seus dispositivos que não conflitem com a Lei Federal n. 8.935/94 e suas alterações posteriores (diploma que estabeleceu as normas gerais regulamentadoras, nos termos do art. 236, §1º, da Constituição Federal, da atividade de notários e registradores) deveriam ter sido observados nos concursos para outorga de delegações das serventias extrajudiciais no âmbito do Estado de São Paulo. As Leis estaduais n. 10.340/99 e n.12.227/2006, por terem sido julgadas como inconstitucionais pelo Egrégio Tribunal de Justiça deste mesmo Estado, em nada modificaram a sua vigência.*

*Evidentemente, por ser a organização administrativa da atividade notarial e de registro objeto de legislação concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, as normas da Lei Complementar Estadual n. 539/88 incompatíveis com as normas gerais firmadas pela Lei Federal n. 8.935/94, a partir da data em que entrou em vigor este último diploma legislativo (18 de novembro de 1994), tiveram a sua eficácia suspensa, nos termos do art. 24, §4º, da Constituição Federal. O mesmo se deve também dizer das normas da Lei Complementar Estadual n. 539/88 que colidem com*

*as alterações introduzidas na Lei n. 8.935/94 pela Lei federal n. 10.506/02, a partir da data da sua respectiva entrada em vigor em 9 de julho de 2002.*

2. Na falta de legislação estadual a respeito, conforme o disposto no art. 18 da Lei Federal nº 8.935/94, a avaliação dos títulos estabelecidos na Lei Complementar Estadual nº 539/88, face à Lei Federal nº 10.506/02, poderia ser adotada para a remoção mediante concurso de títulos?

*R: Sim. Os critérios estabelecidos no art. 10 da Lei Complementar Estadual n. 539/88 para avaliação dos “títulos” devem ser obrigatoriamente adotados na realização dos concursos de “remoção” em apreço (concursos para a outorga de delegação a notários e registradores a título derivado). O fato do artigo art. 3º, §1º, desta mesma Lei Complementar, ter a sua eficácia suspensa a partir da entrada em vigor da Lei n. 10.506, de 9 de julho de 2002, em nada altera esta conclusão. Com efeito, o art. 18 da Lei Federal n. 8.935/94 determina que “a legislação estadual disporá sobre as normas e os critérios para o concurso de remoção”. Assim, por não ter sido esta específica parte do texto da Lei Complementar Estadual n. 539/88 atingida pelas modificações introduzidas pela precitada Lei n. 10.506/2002, ela está em pleno vigor, e como tal deverá ser aplicada.*

3. É ilegal a exigência de concurso de provas no edital, e no Provimento nº 612/98 do CSM, para a remoção, uma vez que a Lei Federal nº 10.506/02 estabelece apenas concurso de títulos?

*R: Sim. Embora quando do momento da sua entrada em vigor o Provimento n. 612/98 estivesse inteiramente adequado à Lei Complementar Estadual n. 539/88 (art. 3º, §1º) e à Lei federal n. 8.935/94 (art. 16) que admitiam a realização destes concursos pela modalidade de “provas e títulos”, com a entrada em vigor da Lei Federal n. 10.506, em 9 de julho de 2002, este quadro foi alterado. A redação do art. 16 da Lei n.8.935/94 foi*

*alterada de forma a impor que estes concursos fossem realizados apenas por "títulos". Assim, após essa alteração, o art. 16 do Provimento n. 612/98 não poderia mais ser aplicado na sua determinação de que os concursos de "remoção" deveriam ser realizados por "provas e títulos".*

*Em sendo assim, evidentemente, concursos dessa natureza que tenham sido realizados, a partir de 9 de julho de 2002, pela modalidade de "provas e títulos", estão em rota de colisão frontal com a nossa legislação em vigor. Deveriam ter seguido o disposto na Lei n. 10.506/02, na alteração que introduziu no texto do art. 16 da Lei Nacional disciplinadora da atividade notarial e de registro, e não o disposto em ato administrativo de hierarquia inferior (Provimento n. 612/98) que já não se poderia mais ter como aplicável nesta matéria.*

4. *Em caso positivo, seriam nulos todos os concursos de remoção realizados pelo TJ em desobediência à Lei Federal nº 10.506/02, desde a sua edição?*

***R: Sim.** Procedimentos administrativos que são, os concursos públicos devem guardar estrita correspondência com a legislação a eles aplicável. Na medida em que o art. 16 da Lei n. 8.935/94 foi alterado pela Lei n. 10.506/92 e, por sua vez, este último diploma legal foi firmado em estrita adequação ao texto constitucional de 1988, nenhuma razão de direito existe para que a legislação em vigor viesse a ser descumprida nos concursos realizados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Donde devem ser tidos como nulos todos os concursos de "remoção" realizados, nesse Estado, com base no art.16 do Provimento n. 612/98, na modalidade de "provas e títulos", a partir de 9 de julho de 2002.*

5. *Quanto às matérias da prova no concurso de ingresso, e considerando que a Lei Complementar Estadual nº 539/88, estabelece apenas prova escrita da matéria da*

*natureza da serventia, é ilegal exigir-se matérias outras de Direito que não aquelas pertinentes às referidas serventias em concurso?*

*R: Sim, é ilegal. A Lei Complementar Estadual n. 539/88, no seu art. 10, § 2º, determina literalmente que “a prova escrita versará sobre matéria concernente à natureza da serventia em curso”. Ora, na medida em que esta Lei Complementar Estadual foi recepcionada pela Constituição Federal, pela Constituição do Estado de São Paulo, e neste específico aspecto não colide com a Lei federal n. 8.935/94, este dispositivo está em vigor e deve ser aplicado incondicionalmente.*

*Naturalmente, o fato do Provimento n. 612/98 não ter reproduzido em seu texto regra semelhante, não altera em nada esta conclusão. Ato administrativo regulamentador não tem o poder jurídico de, por sua simples omissão, inibir a aplicabilidade de norma legislativa que é, por definição, hierarquicamente a ele superior.*

*6. Diante do disposto na LCE 539/88, que exige prova escrita da matéria da natureza da serventia vaga em concurso, é legal o TJ estabelecer no Edital dos Concursos e no Provimento 612/98 do CSM, a exigência de prova oral e de entrevistas psicológicas, nos concurso de ingresso e de remoção?*

*R: Não. O art. 8º do Provimento 612/98 ao determinar que nos concursos em apreço poderiam ser incluídas diversas fases, “com exames escritos, práticos orais e entrevistas” incorreu em grave ilegalidade. A Lei Complementar Estadual n. 539/98, no seu art. 10, determinou que estes concursos devam ser realizados apenas com “prova escrita”. Não podem, portanto, ter provas orais ou entrevistas, em decorrência do próprio subjetivismo indesejável que estes critérios de avaliação possibilitam.*

*Nesse sentido podemos afirmar que o art. 8º do Provimento 612/98 é manifestamente ilegal, por ofender ao disposto no art. 10 da Lei Complementar Estadual n. 539/98.*

7. Quanto à avaliação de títulos, seriam ilegais os títulos fixados nos Editais dos concursos e no Provimento 612/98 do CSM, em desrespeito à avaliação dos títulos previstas na LCE 539/88?

**R: Sim.** Na medida em que se tem por vigente a Lei Complementar Estadual n. 539/88, não há porque se ignorar o disposto no seu art.10. Este artigo fixa, nos seus respectivos parágrafos 4º a 8º, a avaliação dos títulos que deve ser adotada nos concursos realizados para a outorga da delegação a notários e a registradores. Desse modo, deve ser tido, em princípio, como ilegal o tratamento da matéria feito, de forma colidente com esta Lei Complementar Estadual, pelo art. 11 do Provimento n. 612/98.

Sendo assim, qualquer edital de concurso que porventura adote os critérios fixados na norma regulamentar exarada no aludido art. 11 do Provimento n. 612/98 estará colidindo frontalmente com a Lei Complementar Estadual n. 539/88 e será, nessa medida, portador de vício jurídico insanável.


8. A LCE estabelece como autoridade competente à prática do Ato de Provimento das Serventias, o Senhor Governador do Estado, enquanto que pelo Provimento nº 612/98, o TJ avoca essa competência para o Presidente do Tribunal de Justiça, teria o TJ, face à realização dos concursos competência para proceder aos atos das referidas delegações?

**R: Não.** A competência para a prática do ato de outorga da delegação a notários e a registradores é exclusiva do Poder Executivo, em decorrência do princípio da separação dos poderes consagrado no art. 2º da Constituição Federal e da ausência de qualquer comando constitucional em sentido oposto. Aliás, o próprio art. 2º da Lei n. 8.935/94 foi vetado pelo Presidente da República, por ter determinado, de forma manifestamente inconstitucional, regra que atribuía ao Poder Judiciário a prática deste ato de outorga. Além disso, o próprio art. 3º, §2º, da Lei Complementar Estadual n. 539/88, determina que “o Provimento far-se-á mediante nomeação por ato do Chefe do Executivo, segundo ordem de classificação obtida no concurso”.

*Conclui-se, assim, que o art. 16 do Provimento n. 612/98, ao determinar que “encerrado o concurso, o Presidente do Tribunal de Justiça expedirá ato outorgando a delegação”, é inconstitucional e ilegal. Todos os atos de outorga de delegações com base nele firmados são, portanto, nulos de pleno direito por manifesto vício de competência.*

É este o nosso parecer.

São Paulo, 12 de setembro de 2008.

  
**Marcelo Figueiredo**  
**OAB/SP 69.842**

**Professor Livre-Docente e Associado de Direito Constitucional da PUC-SP**