Do concurso público para ingresso na atividade notarial e de registro

Tercio Sampaio Ferraz Junior

A temática da *serventia pública* merece, inicialmente em seu contexto constitucional, algumas observações preliminares.

Trata-se, de plano, da interpretação do artigo 236, da CF/88, cujo §3º exige concurso público para ingresso na atividade notarial e de registro.

É o seguinte o texto da norma constitucional:

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

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

§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.

A previsão de concurso público é expressa, mas o tema exige a consideração da natureza dos *serviços* notariais e de registro, ainda com atenção especial para a prescrição constitucional de que eles são exercidos em *caráter privado* e *por delegação* do Poder Público. É preciso, nesses termos, uma tomada

de posição sobre o sentido jurídico da atividade correspondente a tais serviços, simultaneamente *privados* e *delegados*. O problema assim posto ganha uma implicação concreta diante da exigência constitucional de concurso público de provas e títulos para o ingresso *na atividade*, cumulado com a exigência de concurso para provimento ou remoção em caso de *serventia vaga*. É preciso esclarecer, nesse sentido, a relação entre o notário/registrator concursado e a serventia, inclusive em vista do tema de *remoção* e de *permuta*.

A essa questão da natureza de tais serviços vincula-se o fato de, no passado, terem ocorrido atos praticados à luz de legislação estadual ou distrital então vigente, no contexto da ausência de lei federal reguladora das mencionadas atividades notariais e de registro.

O tema merece, antes, um breve exame da serventia pública extrajudicial em face da disciplina positiva e à luz das práticas que historicamente delinearão o instituto.

1. Dos serviços notariais e de registro

Tenha-se em conta, na interpretação do instituto, que é preciso encarar a questão sob o prisma de um uso construído na prática jurídica e na própria jurisprudência e que passa a obedecer a uma “necessidade interna”, a qual põe limites ao intérprete. Essa necessidade repousa na exigência de se lidar, no contexto da atividade notarial, com temas como atividade privada, delegação, serviço etc.

O art. 236 da Constituição Federal de 1988 fala de “serviços notariais e de registro”, determinando que a *lei* venha regular a *atividade*. É o ingresso nessa *atividade* que exige *concurso público de provas e títulos*. A *atividade*, por sua vez, tem a ver com *serventias*, as quais não deverão ficar *vagas*, sem a abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses (art. 236, §3º).

Ora, a relação entre a *atividade* e a *serventia* merece uma explicação, sendo, para isso, alguma referência histórica um dado relevante.

Serventia é denominação que surgiu com a Lei de 11/10/1827: tratava-se não de propriedade, mas de *ofício* conferido a título vitalício (“Art. 1º — *Nenhum ofício de justiça ou fazenda, seja qual for a sua qualidade e denominação, será conferido a título de propriedade*”). Foi por conta dessa *vitaliciedade* (garantida antes pelas Ordenações Filipinas publicadas em 1603) que aconteceu certa confusão da *serventia* com *propriedade*. A própria Lei de 1827, ao referir-se a uma situação que vinha do passado, determinava no art. 4º: “As pessoas

que atualmente se acharem na posse da propriedade ou serventia vitalícia [...]". Na verdade, essa referência mostrava um velho costume no que respeitava à sucessão dos cartórios e que persistia diante das normas das Ordenações, que admitiam que, embora o escrivão não pudesse “vender” o ofício sem autorização do Rei, pudesse doar a serventia a seu filho (cf. Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, 1995, p. 466 ss.).

Enfatize-se, porém, que, desde as origens, tratou-se mais propriamente de *função* a exigir uma *competência intelectual* que remonta ao papel dos *escribas*, na antiguidade, devendo-se lembrar, a propósito, que, em Roma, até o século IV, podia ser atribuída a *escravos* e só a partir daí veio a exigência de serem *homens livres*, à condição de *saberem ler*, donde, ter uma *competência intelectual*.

A origem histórica é, assim, significativa e merece ser sublinhada. Por se tratar de uma *competência intelectual*, não foi considerada, no princípio, algo próprio de uma função organicamente especificada da administração, mas algo comum tanto aos que serviam como oficiais da Justiça — serventuários a serviço dos juízes — como aos cidadãos encarregados de dar forma autêntica e solene a atos de *jurisdição voluntária* (imprimir forma e força jurídica a atos e manifestações unilaterais ou consensuais de vontade privada).

Na França, no século XIII, essas funções se separam. E, ao final do século XV, a competência para certificar autenticidade, antes reconhecida apenas aos monges medievais, passa a ser atribuída também a *seculares*. O que gerou uma perturbação no trato da competência intelectual (sobretudo linguística: domínio do latim e/ou de línguas neolatinas) e exigiu uma regulamentação ao final do século XVI. De todo modo, a função judicial é, reconhecidamente, mais antiga. Não obstante, é sabido que a função de dar autenticidade a atos solenes (origem da figura dos *notários*) veio a ganhar grande expressão com a Escola de Bolonha, e na Itália, particularmente, marcando com relevância a figura do *notário* no decorrer de toda a Idade Média (cf. Somlo/Elster: *Handwörterbuch der Rechtswissenschaften*, Berlin/Leipzig, 1827, verbete: *Notariat*).

O tipo “latino” de *notariado*, originado na França (e que se espalhou também pela Alemanha, Holanda, até Turquia e Japão), constituiu-se, assim, de uma espécie de “função” exercida por um “funcionário”, expressões que se põem entre aspas por tratar-se de exercício de *função sui generis*, quer porque sua remuneração (quando a serventia não era *oficializada*) advinha das custas que o exercente cobrasse dos usuários (conforme tabelas oficiais), quer pela fé pública de seus atos obtida por força de uma “deferência” do Poder Público (poder real), quer por certa vinculação com o Poder Judiciário para alguns efeitos (por exemplo, definição dos valores a cobrar).

Por essa origem explica-se a distinção entre os *notários/registradores* e os *serventuários da Justiça*, donde a exigência doutrinária de não confundir notários e registradores (tabeliães ou notários públicos por isso chamados: *extrajudiciais*) com escrivães e secretários do Juízo, apesar de certa vinculação com o Poder Judiciário.

A temática, por essa razão, conduz ao exame mais detalhado da questão referente ao seu caráter de *serviço* e se público ou particular.

A expressão *serviço* leva a uma ambiguidade pela alusão ao uso do termo *servidor público* que, como gênero, deveria mais propriamente ser denominado: *agente público* (cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: Teoria dos servidores públicos, RDP, São Paulo, I:41-53, 1967).

De todo modo há acordo doutrinário no sentido de que o notário/registrado não exerce um *cargo*, já que não integra a estrutura administrativa do Estado, seja direta, seja indireta, nem se submete a uma hierarquia funcional.

Nessa linha deve ser entendida a Lei Federal nº 8.935/94, cujo art. 25 assim dispõe: “Art. 25. O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão” (grifei). A incompatibilidade da atividade notarial ou de registro com o exercício *de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão* é peculiarmente demonstrativa da diferença.

O notário e registrador é, assim, um agente concursado para uma atividade, que exerce um *munus* de natureza pública por *delegação*. Trata-se de um *agente público* (por força da natureza pública da atividade e da investidura nela), que conserva sua qualidade de *particular*, sendo estranho ao conceito de funcionário ou servidor público (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, 1993, p. 122).

De se lembrar, conforme Celso Antônio, que *serviço público* conhece um *conceito subjetivo ou orgânico* (efetuado por órgão) e um *conceito objetivo ou material* (*toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público*).

Ora, no caso de notários/registradores trata-se de *atividade* de natureza pública: tem característica de *ofício* ou de *função pública* (a de conferir a atos ou negócios da vida privada *certeza, eficácia e segurança jurídica*): por isso sua prestação indireta configura *delegação*. Mas essa *delegação* não nos deve confundir, pois, apesar de a Constituição falar de *serviço*, não se trata de *delegação de competência* e, nesses termos, melhor teria sido falar de *delegação*

de função. Pois não se trata nem de *serviço administrativo* do Poder Judiciário, como é o caso dos serventuários da Justiça, nem de *serviço público* no sentido de serviço da administração orgânica estatal a ser objeto de *licitação* a uma pessoa jurídica (exercido diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão mediante licitação — CF art. 175). Trata-se, antes, de uma estrutura orgânica peculiar, gerida por um titular/*pessoa física*, donde delegação de função pública (titular investido de fé pública pela lei), para uma atividade que se exerce privadamente. O que explica seu tratamento, na legislação de diversos países, mediante uma classificação própria: *direito notarial*.

Por essa peculiaridade, entende-se que, à diferença do funcionário público (e do concessionário de obras e serviços) que age *em nome e por conta do Estado*, o delegado de função ou ofício público (o notário e o registrador) age *em nome e por conta própria*. O que afeta o sentido de *serventia*.

Serventia, por conseguinte, não é pessoa jurídica (como as *concessionárias de serviço público*), mas *uma estrutura orgânica privada* (de empregados privados) às ordens do particular que recebeu uma delegação de uma função pública. A *serventia* não contrata nem paga seus empregados, mas quem o faz é o agente delegado, que inclusive é obrigado a recolher impostos como pessoa física (ISS, IR etc.).

É, pois, na esteira dessa configuração tradicional que os *serviços notariais e de registro*, como mencionados pela Constituição Federal de 1988, devam reportar-se ao que os ordenamentos jurídicos nacionais sempre chamaram de *serventias extrajudiciais*.

Não obstante esse tratamento tradicional, é importante lembrar que o Brasil conheceu, em passado não muito distante, algumas tentativas relevantes para sua alteração institucional.

Nesse ponto, é preciso ressaltar algumas diferenças entre a atual Constituição Federal (1988) e a anterior (1967/1969).

Com efeito, é sabido que a Constituição de 67/69 caminhara na direção de uma *oficialização* geral das *serventias*, isto é, de transformá-las em repartições públicas, o que ocorreria por força da Emenda Constitucional 7/77, cujo art. 206 veio assim dispor:

Art. 206 — 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.

§1º — 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.

Não obstante essa orientação para uma oficialização, Hely Lopes Meirelles, ainda em 1979, concluía, ao falar dos serventuários extrajudiciais: “não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria de colaboradores do Poder Público” (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 1979, p. 63).

Aquele parágrafo foi, depois, suprimido pela Emenda Constitucional 16/80, dispondo-se no art. 207:

Art. 207: 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 de nomeação segundo a ordem de classificação obtida em concurso público de provas e títulos.

A exigência, não se deve esquecer, era, contudo, flexibilizada, não só pelo disposto no final do art. 206 (*ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo*), como pelo disposto no art. 208:

Art. 208: Fica assegurada 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.

De todo modo, era inegável que o objetivo de oficialização de todas as serventias implicava um entendimento a ligar o concursado a um cargo funcional, donde a correspondente exigência de concurso público.

Veja-se que a Constituição Federal de 1967, conforme a Emenda de 1969, falava em *Serventias Extrajudiciais*, que deveriam ser providas na forma da legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, observando-se o critério de nomeação segundo a *ordem de classificação* obtida em concurso público de provas e títulos.

Havia, portanto, exigência de concurso público para *serventias*, que deveriam ser reguladas por lei dos Estados e do Distrito Federal, razão pela qual era de se reconhecer a vinculação entre o *concurso*, prestado para um *serviço*, e a *serventia*, na qual ele seria exercido. Na linguagem administrativa, seria caso de *provimento autônomo* ou *originário* para uma entidade organizada de *serviços* com natureza pública.

No entanto, essa tendência foi interrompida em 1988. Afinal, o curso para uma oficialização, já interrompido mesmo à época, teria sofrido um recuo com o advento da Constituição de 1988 (cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 2, São Paulo, 1999, p. 303: “Este preceito [art. 236] veio deter a tendência à ‘oficialização’...”).

Na verdade, a Constituição deixa de falar em *cargo*, mantendo, contudo, o concurso para desempenho — competência intelectual aferida — de uma *função delegada* exercida privadamente. Essa referência a *função delegada* é relevante. Pois aquela tendência, que deixou marcas na exigência de concurso público para *serventias* oficializadas, alcançou também o correspondente *serviço*, sendo responsável por algumas dúvidas geradas no seu entendimento.

Esse quadro permite-nos, assim, entender o que veio a suceder com a exigência de concurso público após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Vale dizer, as considerações iniciais sobre o sentido jurídico peculiar da *atividade* e da *delegação*, mormente o fato de não se tratar de *cargo público*, repercutem no entendimento da exigência constitucional de *concurso público* para o seu exercício.

2. Da exigência de concurso público pelo art. 236 da CF de 1988

No caso da *atividade*, assinala-se, primeiramente, uma importante distinção entre a exigência de concurso público nos termos do art. 37-II e a mesma exigência formulada no art. 236. É por força da *relevância pública da atividade* que a exigência de concurso público de títulos e provas se justifica, guardando, na verdade, uma *analogia* com o disposto no art. 37, II (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários*, cit. vol. II, p. 304: *analogamente ao que se exige para o ingresso no serviço público*).

Assim, pelo art. 236 da Constituição Federal:

- a) não se diz que os serviços sejam privados, mas que são exercidos em caráter privado — distinção entre a natureza do serviço e a natureza do ato de prestar; o *exercente* é privado, não é funcionário público;

- b) trata-se de instituto que depende do direito positivo, donde se há mudança no ordenamento jurídico que importe em nova configuração de uma situação jurídica, será jurídico manter a mesma posição jurisprudencial configurada em face do direito positivo anterior, modificado;
- c) portanto, não se faz concurso para preenchimento de cargo de oficial do registro ou de notário, mas para escolha do destinatário da delegação do serviço (criado ou existente): delegação não configura cargo público, nem nomeação nem provimento para uma entidade orgânica do Estado, mas outorga de serviço (de relevância pública) a pessoa privada (*exercente*) em nome próprio e por risco próprio; não se trata de delegação de competência (como a que se faz a servidor público), mas delegação de ofício (atribuição do serviço a particular que se habilita para tanto) (cf. José Afonso da Silva: *Comentário contextual à Constituição* — art. 236, São Paulo, 2007, 3ª ed. p. 873 ss.).

Ora, se “não se faz concurso para provimento de cargo em serventia orgânica, mas para escolha do destinatário da delegação”, entende-se que o concurso (de títulos e provas) não é senão “uma técnica de seleção que se assemelha à licitação para a escolha de concessionário ou permissionário de serviço público, como também para tradutor juramentado ou para leiloeiro oficial e até para despachante” (v. José Afonso da Silva, p. 876). Tanto que a Lei nº 8.935/94 não cria cargos, mas o serviço de registro (art. 16, parágrafo único) e o faz pela redivisão de circunscrições imobiliárias ou pela criação de distrito (Registro Civil). É esse “serviço” que é outorgado: delegado mediante concurso público de títulos e provas.

Ou seja, a exigência de concurso público para a atividade delegada (delegação de função) não é para preenchimento de cargo, mas para habilitação ao exercício de função de relevância pública. Afere uma competência intelectual e só quem preenche as condições pode tornar-se *exercente*.

Não obstante, a questão vai mais longe no que diz respeito a formas de provimento de serventias vagas, em especial, a *remoção*.

Em posição doutrinária, em face da Lei nº 8.112/90 (art. 36) e sob a égide da Constituição Federal de 1988, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso*, cit. p. 152) entende que a *remoção* nem é forma de provimento, pois, nesse caso, *o servidor não muda de cargo*. Tratar-se-ia, simplesmente, de deslocação do servidor, a pedido ou *ex officio*, no âmbito do mesmo quadro, para outro local de servir, com ou sem mudança de sede.

Ora, essa observação é relevante para o entendimento do tratamento da atividade notarial e de registro. Conquanto não trate de *cargo*, mas de *atividade*, a norma do art. 236, §3º é expressa ao falar, separada e distintamente, em *provimento* e *remoção*. Qual é, então, o sentido da delegação constitucional dessa atividade?

3. Das normas contidas no texto do art. 236

É essa delegação (“Art. 236 — Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”) que, no corpo da Constituição, vem referida expressamente à exigência de concurso para *serventias vagas*: “§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” (grifei).

Na linha de um posicionamento teórico bastante difundido e reconhecido, as normas são o significado de textos normativos: interpreta-se, assim, o texto de modo a identificar as normas que ele expressa (cf. Alchourrón/Bulygin: *Normative Systems*, New York/Wien, 1971, p. 67-68). Ora, o texto do parágrafo constitucional mencionado contempla duas exigências de concurso: uma para o ingresso na **atividade delegada**, outra para **provimento** ou **remoção** em caso de **serventia vaga**. A primeira é expressa ao falar de *concurso público de provas e títulos*, condição para o *ingresso na atividade delegada*. A segunda reporta-se a caso de *vacância* em serventia, caso em que se fala de *concurso de provimento ou de remoção*. Trata-se, no mesmo texto, de duas normas distintas pelo destinatário.

A primeira norma, que tem por objeto a exigência de aprovação em concurso público de títulos e provas para a delegação em serventias (*habilitação para se tornar delegatário*, na expressão do Ministro Carlos Britto — ADI 3.151/MT), contempla exigência feita à pessoa natural por norma de eficácia plena: não pode haver ingresso na atividade sem o referido concurso.

A segunda norma, que tem por objeto o preenchimento de *vaga* em serventia, é exigência feita ao Poder Público de *abertura de concurso* (para provimento originário para vaga em serventia criada e remoção para vacância em serventia) no tempo máximo previsto, e tem eficácia limitada. Afinal, o provimento, como ato de investidura e a remoção, como ato de deslocamento de pessoa, exige requisitos próprios, alguns constitucionais (aprovação, para ingresso, em concurso de títulos e provas), outros legais (por exemplo,

de ordem profissional: ser bacharel em direito, adequação orgânica entre o concurso de títulos e provas e a organização de serventias em número compatível com as necessidades técnicas etc.).

Entende-se, num e noutro caso, que, de todo modo, o objetivo constitucional para a exigência de concurso para uma função delegada exercida privadamente é a existência de vaga a ser preenchida, donde a exigência de concurso, quer no de *provimento*, quer no caso de *remoção*, caso este em que não há mudança no *status* do exercente, razão pela qual o concurso é apenas *entre notários e registradores*.

A questão que diante disso se põe é que tratamento constitucional deve ser dado aos casos em que não há vaga a ser preenchida, tema que conduz ao exame da hipótese de *permuta* com relação a *remoção*.

Permuta é instituto civil que remonta ao direito romano, no qual ela tinha natureza real, em que o *dare* significava *traditio* manual, conferindo à permuta (*per-mutare* como *mudar inteiramente* — *per* — de um para outro) um caráter *real e imediato* (mudar de mãos), o que se percebe, por exemplo, na *mancipatio* em que estava o *colher o objeto com as mãos* (*manus capere*), donde, à época, a impossibilidade de trocar coisas alheias. Só mais tarde — século II d.C. —, veio à tona a ideia de um contrato *consensual* (recíprocas *obrigações* de dar), conceitualmente precedendo o acordo de transmissão: a efetiva transferência (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XXXIX, §4.265 — 1).

Na economia moderna, com situações em que a dimensão da permuta adquire perfis mais complexos, a noção adquire outro contorno. Se, há tempos, era possível limitar a permuta a uma troca de propriedades, a propriedade de uma coisa pela propriedade de outra, hoje, quando os direitos e as universalidades como coisas incorpóreas podem ser objeto de permuta da mesma forma que as coisas corpóreas, mais correto é perceber que o que se troca, efetivamente, são *titularidades* (Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho civil*, Barcelona, 1990, II, p. 45-46).

No plano administrativo, o *provimento*, ato pelo qual o servidor público, ou, no caso, o notário e o registrador, é investido no exercício ou do cargo, emprego ou função (no caso de funcionário público) ou da atividade delegada, pode ser originário ou derivado. O derivado é o que depende de vínculo anterior. É o caso da *remoção*.

A Constituição Federal de 1988 reduziu bastante essa última hipótese, por força do art. 37-II (administração pública direta e indireta), que exige concurso público não só para a primeira investidura, mas também para os provimentos derivados, salvo as exceções que ela mesma admite.

O que não exclui, no plano dos serviços públicos, hipóteses constitucionais de formas de *passagem* de um grau a outro da mesma referência, sem mudança de cargo e, portanto, sem concurso.

A distinção entre remoção e permuta tem sede constitucional. É prevista, por exemplo, em termos de *permuta* entre juízes dos Tribunais Regionais Federais, a ser disciplinada por lei: CF, art. 107, §1º, bem como no art. 93, inciso VIII, em que se fala de *remoção a pedido* e de *permuta*.

Daí a *passagem* que conhece denominações diversas, como aquela chamada pelo Estatuto paulista dos funcionários públicos de “*promoção*” dita, então, *horizontal*, por tratar-se da *passagem do servidor de referência 1 para referência 2 de sua respectiva classe* (Lei Complementar nº 1.080/08, art. 28 a 31, regulamentado pelo Decreto nº 54.779/09). A hipótese dessa *promoção* sem concurso é admissível e não fere a exigência constitucional.

Em sede de atividade notarial e de registro, a permuta, entendida como uma *passagem*, não é mencionada pelo art. 236, §3º, que trata de serventia vaga. Afinal, no caso de permuta, não há serventia vaga nem vaga em serventia já criada. E a lei regulamentadora também nada fala de permuta. E, diante da omissão, é que se indaga se seria válido estender a exigência, pelo art. 236, de concurso, precípua para o caso de remoção em que se pressupõe vacância, para os casos admitidos pelas normas legislativas anteriores à CF de 1988 que, em sede de exercício de competência estadual, como previa a Constituição de 67/69, autorizavam as permutas entre notários e registradores já concursados.

4. O tratamento das situações pregressas

Esse quadro geral repercute no modo como se dá a recepção da legislação anterior pela Constituição de 1988. E nesse quadro pode-se examinar a questão da *permuta*.

A Constituição Federal, por ocasião de sua promulgação, encontra uma situação complexa: *agentes públicos* (*servidores em lato sensu*) em serventias, tanto judiciais como extrajudiciais, nem todas oficializadas; nas serventias judiciais, alguns serventuários no exercício de *cargo* mediante concurso, outros não; nas serventias extrajudiciais oficializadas, alguns também mediante concurso, outros não; nas serventias extrajudiciais privadas, titulares concursados e não concursados.

Entende-se, assim, a determinação de *estatização das serventias do foro judicial*, mas com respeito aos direitos dos servidores em exercício por ocasião

da promulgação da Constituição (ADCT, art. 31); bem como o respeito aos direitos dos servidores daquelas serventias extrajudiciais oficializadas conforme a legislação anterior à Constituição (ADCT, art. 32).

Quanto às então também existentes serventias *extrajudiciais* não oficializadas, referidas a uma *competência funcional própria*, atribuída a uma *pessoa física* e para ser exercida em uma “circunscrição” pública (atribuição conferida pela autoridade do Poder Executivo, a ser fiscalizada pelo Poder Judiciário), por pessoa privada e de forma privada, por *delegação do Poder Público*, cujos titulares se submeteram, em grande parte, a concurso público nos termos da Constituição anterior, não há menção, no ADCT, aos *titulares em exercício* em 5 de outubro de 1988. Não obstante a omissão, o legislador ordinário (Lei nº 8.935/94, art. 47) veio a estabelecer que o “*notário e o oficial de registro, legalmente nomeados até 5 de outubro de 1988, detêm a delegação constitucional de que trata o art. 2º*”.

Qual o significado desse *legalmente nomeados* em face da legislação anterior e conforme a Constituição Federal então vigente, que o legislador ordinário de 1994 reconhece?

Note-se que a Constituição de 67/69, pela competência conferida pelo seu art. 207 a Estados, Distrito Federal e Territórios, não inibiu que a permuta foi admitida e regulada. E essa legislação, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, produziu efeitos. Daí a constitucionalidade da disposição constante do art. 47 da Lei Federal nº 8.935/94: “*notário e o oficial de registro, legalmente nomeados até 5 de outubro de 1988, detêm a delegação constitucional de que trata o art. 2º*”.

Afinal, mesmo a competência privativa da União para legislar sobre *registros públicos* (CF art. 22 — XXV), que inclui todas as formas de registro, independentemente do órgão de execução, não exclui a competência legislativa de Estados-membros, pois é ali que exercem sua função. Assim, se é clara a competência da União para legislar sobre regime e forma dos registros, nada obsta que os Estados-membros editem norma sobre aspectos administrativos (cf. *Constituição Federal Interpretada*, org. Costa Machado, coord. Anna Candida da Cunha Ferraz, São Paulo, 2010, p. 185).

Com efeito, o disposto no parágrafo primeiro do art. 236 da CF determina que a *lei* (lei nacional) regulará as atividades notariais e registradoras. Mas o entendimento jurisprudencial do STF entende que se trata de lei nacional, cuja ausência não impede a Estado-membro, sob pena de paralização de seus serviços notariais e registrares, de dispor sobre a execução dessas atividades, *que se inserem, por sua natureza mesma, na esfera de competência autônoma da*

unidade federada. Trata-se da *criação, do provimento e da instalação das serventias extrajudiciais pelos Estados-membros*, o que não implica usurpação da matéria reservada à lei nacional pelo art. 236 da Carta Federal (STF — Pleno — ADIn nº 865/AM — Medida Cautelar — Rel. Ministro Celso de Mello).

Pode-se entender, na verdade, que, à falta da lei federal regulamentadora, a legislação estadual tenha sido recepcionada, ao menos até que fosse editada lei federal. Em linha consentânea, há de se lembrar que o STJ, que, na ausência de lei federal ordinária superveniente ao novo ordenamento constitucional, determinou que o provimento provisório em serventias notariais e de registro deveria ser efetuado nos moldes de legislação estadual vigente (RMS 7147/MG).

A hipótese concreta de permutas à luz da legislação anterior, não se confundindo com a remoção prevista pela Constituição Federal de 1988 e à falta de lei nacional regulamentadora, não fere a exigência (i) de concurso público *para provimento e remoção*. Mas exige que a permuta tenha ocorrido entre notários e registradores *concursados* (ii). Isso porque, como visto anteriormente, esta última exigência (iii) ocorre mediante norma de eficácia plena. Nessa linha, as permutas entre titulares concursados de serventias extrajudiciais, quando fundamentadas em lei estadual anterior à lei nacional requerida pelo art. 236 da CF de 1988, hão de se distinguir de permutas entre não concursados, quando então serão inconstitucionais (v. nesse sentido o posicionamento do Min. Eros Grau, STF, MS 28.276).

5. A lei regulamentadora

Pela lei regulamentadora, há, por comando constitucional, exigência de concurso para a aferição da competência intelectual delegada para o provimento do exercício privado em serventia (mediante *concurso enquanto técnica de seleção*, na terminologia de José Afonso da Silva), que assim dispõe a respeito do Ingresso na Atividade Notarial e de Registro:

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.

Há, para o provimento (*delegação para o exercício da atividade*), uma relação de adequação orgânica entre o concurso de títulos e provas e a organização de serventias em número compatível com as necessidades técnicas de Municípios e Distritos: o ingresso na atividade notarial e de registro é para *vagas* criadas ou existentes. Nesse sentido, por exemplo, dispõe a Lei (art. 44) que em cada sede municipal deva haver no mínimo um registrador civil das pessoas naturais (§2º) e que nos Municípios de significativa extensão territorial, a juízo do respectivo Estado, cada sede distrital disporá no mínimo de um registrador civil das pessoas naturais (§3º), sendo exigido o concurso de títulos e provas para o provimento da atividade delegada, observados, também, critérios populacionais e socioeconômicos, publicados regularmente pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (art. 38).

Nesse quadro aparece a figura da *vaga* (como sinônimo de serventia organicamente criada e ainda não provida originalmente) e de *vacância* (no sentido vulgar de estado do que ficou vago, portanto de *vaga* já existente e ainda não preenchida) e da exigência de correspondente concurso ou de provimento ou de remoção.

De um lado (art. 16), a Lei fala, assim, de *vagas* que serão preenchidas alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e uma terça parte por meio de remoção, não se permitindo que qualquer serventia notarial ou de registro *fique vaga* (ou por criação sem preenchimento ou por *vacância* de vaga existente), por mais de seis meses, sem abertura de concurso de *provimento inicial* ou de *remoção*.

De outro (art. 44), verificada a absoluta impossibilidade de se prover, através de concurso público, a titularidade de serviço notarial ou de registro, por desinteresse ou inexistência de candidatos, o juízo competente deverá propor à autoridade competente a *extinção do serviço* e a *anexação* de suas atribuições ao serviço da mesma natureza mais próximo ou àquele localizado na sede do respectivo Município ou de Município contíguo. Por óbvio, a serventia que se vê acrescida das atribuições da serventia extinta não é submetida a concurso público. Apesar de objetivamente modificada (crescimento de atribuições), continua sob a mesma titularidade: não havendo vaga, não há concurso.

Já o concurso de remoção é apenas para titulares que exerçam a atividade por mais de dois anos (art. 17: *Ao concurso de remoção somente serão admitidos*

titulares que exerçam a atividade por mais de dois anos): portanto, concurso de títulos, sendo que, para estabelecer o critério do preenchimento, tomar-se-á por base a data de vacância da titularidade ou, quando vagas na mesma data, aquela da criação do serviço (art. 16, parágrafo único). De novo uma clara correlação entre a exigência constitucional de concurso à condição de ocorrência de uma vaga.

De todo modo (art. 18), será a legislação estadual que disporá sobre as normas e os critérios para o concurso de remoção, sendo, para todos os casos, declarados habilitados os candidatos na rigorosa ordem de classificação no concurso:¹

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

Parágrafo único. Aos que ingressaram por concurso, nos termos do art. 236 da Constituição Federal, ficam preservadas todas as remoções reguladas por lei estadual ou do Distrito Federal, homologadas pelo respectivo Tribunal de Justiça, que ocorreram no período anterior à publicação desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.489, de 2017.)

¹ Caso, por exemplo, do Estado do Paraná (Lei estadual paranaense nº 7.297/80).