

SERVIÇOS NOTARIAIS GRATUITOS CRIADOS SEM PREVISÃO DA CORRESPONDENTE FONTE DE CUSTEIO: INCONSTITUCIONALIDADE.

Manoel Messias Peixinho¹

peixinho@mcp-advogados.com.br

Palavras-chaves: 1. A atividade notarial e serviço público. 2. Emolumentos: natureza tributária. 3. Gratuidade de serviços notariais e direitos fundamentais inerentes à cidadania. 4. Serviços notariais gratuitos e ausência de fonte de custeio: inconstitucionalidade.

Introdução: Delimitação das premissas fundamentais deste trabalho

Este breve estudo tem o objetivo de demonstrar que é inconstitucional a instituição de serviços notariais gratuitos pelo legislador infraconstitucional sem que haja previsão da correspondente fonte de custeio. Para defender esta tese, valho-me de três premissas: (1) A atividade notarial é serviço público delegado. (2) Os emolumentos são taxas que constituem contraprestação pela utilização de serviço público delegado. (3) A gratuidade de serviços notariais pode ser instituída pela Constituição e ampliada pelo legislador infraconstitucional. Concluo opinando que é inconstitucional a criação de prêmios cartorários gratuitos pela legislação infraconstitucional sem que haja previsão da respectiva fonte de custeio.

A proposta para afastar a inconstitucionalidade e garantir a gratuidade dos serviços notariais é a geração de um fundo de compensação para o ressarcimento dos serviços

¹ Mestre e doutor em Direito Constitucional pela PUC/RIO. Professor do Departamento de Direito da PUC-RIO e do Mestrado em Direito da UCAM. Advogado e parecerista na área de direito público. Sócio do escritório MCP PEIXINHO, CACAU & PIRES CONSULTORES E ADVOGADOS ASSOCIADOS.

notariais gratuitos ou o estabelecimento de outras formas de compensação para os oficiais cartorários. Não se nega, em absoluto, que é indispensável para a concretização dos direitos fundamentais a plena fruição das garantias inerentes à cidadania (art. 5º, LXXVI).² O que reputo inconstitucional é que sejam adquiridos serviços cartorários não onerosos sem previsão da respectiva fonte de custeio.

1. A atividade notarial é serviço público delegado

A primeira premissa que pretendo fincar é que a Constituição Federal categoriza os serviços notariais de serviços públicos. A leitura do art. 236 impõe implicitamente essa interpretação: “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, **por delegação do Poder Público.**” Se há delegação do Poder Público, é porque a atividade não se insere dentre as atividades econômicas livremente exploradas pelos particulares.³ Segundo magistério de José dos Santos Carvalho Filho, a delegação abrange funções genéricas e comuns da Administração. Cuida-se de fato administrativo que reclama expressa definição das atribuições delegadas.”⁴ Um argumento que é suficientemente forte para identificar a atividade notarial como serviço público é que a contraprestação paga aos notários se dá mediante a percepção de emolumentos.⁵ Segue-se, então, a segunda premissa.

2. Os emolumentos são taxas que constituem contraprestação pela utilização de serviço público delegado

² Art. 5º. LXXVI - São gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito.

⁴ José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo. 13ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 47.

A contraprestação pelos serviços notariais prestados pelas serventias extrajudiciais se faz por meio da cobrança de emolumentos⁶. Os emolumentos têm, assim, natureza jurídica tributária, segundo jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal.⁷ Sacha Calmon Navarro Coêlho empreende estudo detalhado sobre a natureza jurídica das custas e dos emolumentos. Segundo o ilustre tributarista, “a maioria dos autores brasileiros, dentre eles renomados, considera as custas judiciais, **embora derrapando nos emolumentos cartorários apropriados privativamente pelo tabelionato, como autênticas taxas**, repelindo a teoria dos preços”.⁸ (Grifei) A correlação entre a espécie tributária e o serviço público é explicitada por Sacha Calmon, o que arreda qualquer contestação quanto à natureza de serviço público dos préstimos cartorários:

Portanto, que a prestação dos serviços públicos, judiciais e notariais possa servir de suporte à cobrança de taxas é algo que refulge com inteira pertinência, **pois são serviços públicos** que ensejam apropriação individualizada, apropositando aquela adequação estatal tida por fato gerador genérico das taxas. **Perante o nosso Direito Positivo, este serviço pode ser prestado por “cartórios” geridos por oficiais que não são funcionários públicos, embora exerçam munus público, independentemente de ser este um serviço ligado à justiça (“serviço próprio do Estado”).**⁹(grifei)

A ilação de que os notários executam serviço público decorre de duas noções básicas: a primeira advém da caracterização que a Constituição faz do serviço notarial como delegação de um *munus* público; a segunda é que são os emolumentos têm natureza

⁷(ADI-948 (RTJ-172/778, Rp-1296(RTJ-144/777), ADI-1378-MC(RTJ-175/35), (ADI-1778-MC (RTJ-173/24), (ADI – 2020-MC(RTJ 173/75), ADI – 2050, RE -116208 (RTJ 132/867).

⁸ Sacha Calmon Navarro Coêlho. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 424.

⁹ Sacha Calmon Navarro Coêlho. Curso de Direito Tributário Brasileiro, cit. p. 425.

tributária. A seguinte inferência lógica se impõe: somente o Estado e os seus delegatários podem ser sujeitos ativos da obrigação tributária.¹⁰ Misabel Abreu Machado Derzi afirma que há que se fazer uma discriminação entre competência e capacidade ativa. “Competência é norma constitucional,¹¹ atributiva de poder legislativo a pessoa estatal, para criar, regular e instituir tributos... Trata-se de norma originária (pois tem sede na Constituição, indelegável e de plena eficácia... É consectário da competência poder cobrar, arrecadar e exigir o cumprimento da obrigação tributária, isto é, exercer a capacidade tributária ativa”.¹² O elo jurídico entre taxa e serviço público está positivado na Constituição e no próprio Código Tributário Nacional.¹³ Em Síntese inteligente, para Aliomar Baleeiro, “taxa é o tributo exigido de alguém que utiliza **serviço público especial e divisível**, de caráter administrativo ou jurisdicional, ou o tem à sua disposição, e ainda quando provoca em seu benefício, ou por ato seu, despesa especial dos cofres públicos”. (Grifei)¹⁴ Passo a terceira premissa e ao núcleo central desse breve estudo.

3. A gratuidade de serviços notariais pode ser instituída pela Constituição e expandida pelo legislador infraconstitucional

¹⁰ Art. 119: Sujeito ativo da obrigação tributária é pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento.

¹¹ A competência para disciplinar o pagamento de emolumentos foi atribuída pela Constituição Federal (§2º do artigo 236) à reserva legal federal. De sorte que a disciplina geral sobre a fixação de emolumentos adveio com a Lei no. 10.169/2000.

¹² Misabel Abreu Machado Derzi. *In* Aliomar Baleeiro. Direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 718.

¹³ Art. 145 da CF/88. “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou **pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos** específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”. (Grifei) Art. 77 do CTN: As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, **têm como fato gerador** o exercício regular do poder de polícia, **ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.**(Grifei)

¹⁴ Aliomar Baleeiro. Direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 540.

A Constituição Federal de 1988 estatuiu, expressamente, a gratuidade, para as pessoas reconhecidamente pobres, do registro civil e da certidão de óbito. (art. 5º, LXXVI, inciso “a” e “b”). A lei 8.935/1994 reiterou o comando constitucional e positivou no art. 45: “São gratuitos os assentos do registro civil de nascimento e o de óbito, bem como a primeira certidão respectiva. Parágrafo único. Para os reconhecidamente pobres não serão cobrados emolumentos pelas certidões a que se refere este artigo”. De início, caber observar que não há inconstitucionalidade na Lei Federal 10.169/2000 quando regulamenta a matéria nacionalmente e majora o elenco dos serviços notariais gratuitos, por uma razão muito singela: o constituinte delegou ao legislador infraconstitucional a competência para regulamentar os serviços notariais.¹⁵

A intenção do constituinte foi concretizar as garantias inerentes ao pleno exercício da cidadania e materializar a fruição dos direitos fundamentais para que o exercício do *status* da dignidade não se subsuma a meros programas formais desprovidos de um mínimo existencial. Ao impor a outorga exonerada de ônus para os registros de nascimento e óbito, pretendeu o poder constituinte conferir aos excluídos e marginalizados sociais o reconhecimento da existência da cidadania como condição de sua própria dignidade. Não foi, por conseguinte, de balde que a garantia desonerada das referidas certidões está positivada no artigo 5º da Constituição Federal, que é o assento constitucional de primazia

¹⁵ Art. 236. Omissis. § 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro ampliou o elenco dos serviços notariais gratuitos a serem prestados no Estado do Rio de Janeiro, averbando, no artigo 13: “São gratuitos para os que percebem até 1 (um) salário mínimo, os desempregados e para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: I - o registro civil de nascimento e respectiva certidão; II - o registro e a certidão de óbito; III - a expedição de cédula de identidade individual; IV - a celebração do casamento civil e a respectiva certidão; V - o sepultamento e os procedimentos a ele necessários, inclusive o fornecimento de esquife pelo concessionário de serviço funerário”. O Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o inciso V do artigo 13 por entender que os serviços funerários constituem serviços municipais, dado que dizem respeito com necessidades imediatas do Município. C.F., art. 30, V. II STF - ADIN - 1221-5/600, de 1995

dos direitos fundamentais. Quanto à extensão do benefício para outros documentos indispensáveis ao gozo dos direitos fundamentais, também não vislumbro qualquer mácula de inconstitucionalidade. Explico: a Constituição apenas positivou as garantias mínimas, mas não obsteu que o legislador ordinário as difundisse de acordo com outras condições fáticas que exigem a intervenção da legislação regulamentar. O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de se manifestar por duas vezes sobre a ampliação da gratuidade de serviços notariais por legislação infraconstitucional. Refiro-me à ADI 1800/DF.¹⁶ e à ADC-MC/5¹⁷ DF. Em ambos os julgados, o STF, por maioria, decidiu que as leis infraconstitucionais podem estender o rol dos serviços notariais não onerosos, sem prejuízo daqueles que estão constitucionalizados na Carta Magna.

Porém, a gratuidade de serviços notariais não significa a ausência de fonte de custeio. Ou seja, os notários deverão ser ressarcidos pelos serviços não cobrados que venham a prestar por exigência do artigo 8º da lei 10.169/2000. Este diploma legal reconheceu a competência dos Estados e do Distrito Federal para a criarem fontes de custeio visando a subsidiar os serviços gratuitos prestados pelos notários: **“os Estados e o Distrito Federal,**

¹⁶Ementa: Constitucional. Argüida a inconstitucionalidade de arts. da lei 9.534/97. Registros públicos. Gratuidade pelo registro civil de nascimento, assento de óbito, pela primeira certidão desses atos e por todas as certidões aos "reconhecidamente pobres". Não há plausibilidade do direito alegado. Os atos relativos ao nascimento e ao óbito relacionam-se com a cidadania e com seu exercício e são gratuitos na forma da lei - art. 5º, LXXVII. Ação conhecida. Liminar indeferida.

ADI-MC 1800 / DF - Distrito Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Nelson Jobim. Julgamento: 06/04/1998. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 03-10-2003 pp-00010 Ement vol-02126-01 pp-00094. Repte. : Associação dos Notários e Registradores do Brasil - Anoreg/Br Reqdo. : Presidente da República. Reqdo. Congresso Nacional.

¹⁷ Ementa: Constitucional. Declaração de Constitucionalidade de arts. da lei nº 9534/97. Registros públicos. Nascimento, óbito, assento, certidões. Competência da União para legislar sobre a matéria. Arts. 22, XXV e 236, §2º. Direito intrínseco ao exercício da cidadania. Gratuidade constitucionalmente garantida. Inexistência de óbice a que o estado preste serviço público a título gratuito. A atividade que desenvolvem os titulares das serventias, mediante delegação, e a relação que estabelecem com o particular são de ordem pública. Os emolumentos são taxas remuneratórias de serviços públicos. Liminar deferida. ADC-MC 5 / DF - Distrito Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade. Relator(a): Min. Nelson Jobim. Julgamento: 17/11/1999. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 19-09-2003 pp-00013. Ement vol-02124-01 pp-00016. Repte. : procurador-geral da república.

no âmbito de sua competência, respeitado o prazo estabelecido no art. 9º desta Lei, estabelecerão forma de compensação aos registradores civis das pessoas naturais pelos atos gratuitos, por eles praticados, conforme estabelecido em lei federal. Parágrafo único. O disposto no *caput* não poderá gerar ônus para o Poder Público. (grifei).

O que quero destacar, neste artigo, é que a gratuidade para serviços públicos sem a correspondente indicação da fonte de custeio é inconstitucional, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quando apreciou a constitucionalidade da lei estadual nº 3650/2001. Nesta decisão, o Tribunal considerou que a criação de serviços públicos estaduais prestados de forma indireta deve apontar a respectiva fonte de custeio: “a lei que complementa norma constitucional, que, por sua vez, garante a gratuidade de serviços públicos estaduais de transporte coletivo, prestados de forma indireta, se deliberada e votada sem a indicação da fonte de custeio, padece do vício de inconstitucionalidade”.¹⁸ Passo a conclusão.

Conclusão: É inconstitucional a criação de serviços notariais gratuitos pela legislação infraconstitucional sem que haja previsão da respectiva fonte de custeio

¹⁸Representação por Inconstitucionalidade nº 2002.007.00060. Lei n. 3.650, de 21/09/2001. Regulamentação do art. 14, da Constituição Estadual. Violação do processo legislativo. Art. 112, pars, da Constituição Estadual. Consequência. Relator Des. Marlan Marinho - Julgamento: 03/05/2004 - Órgão especial representação por inconstitucionalidade lei estadual n. 3650, de 2001. Transporte coletivo passe especial. Procedência da ação. Direito administrativo brasileiro. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p.312. Em outro julgado, o mesmo Tribunal reiterou o entendimento de que a outorga de gratuidade para serviços concedidos depende da respectiva menção de fonte de custeio, sob pena de vício de inconstitucionalidade formal. Mandado de Segurança nº 2002.004.00782. Rel. Des. Roberto Wider - Julgamento: 25/02/2003 - Quinta Câmara Cível. Concessão de Transporte Coletivo Municipal. Transporte Gratuito. Falta de indicação da fonte de custeio. Ilegalidade. Mandado de Segurança concedido. No Supremo Tribunal Federal já é pacificado o entendimento de que é inconstitucional a criação de benefícios prestados pelo Estado sem que haja a previsão de fonte de custeio. RE 260445 AgR / MS - Mato Grosso do Sul Ag.Reg. no Recurso. Extraordinário. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 15/04/2003. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 09-05-2003 PP-00057 EMENT VOL-02109-04 PP-00699.

Pode-se concluir que não há inconstitucionalidade quando o legislador concede a gratuidade para determinado serviço público delegado. Há, todavia, vício de inconstitucionalidade quando a instituição de um serviço público delegado não indique a correspondente fonte de custeio. A solução que penso ser legítima e garantidora para a existência dos serviços notariais gratuitos é a criação de um Fundo de Compensação para a garantia desses serviços, de acordo com o que prevê o art. 8º da lei 10.169/2000. A competência para a instituição desse Fundo é dos Estados e do Distrito Federal, sendo a norma instituidora de eficácia plena, uma vez que depende, exclusivamente, de iniciativa dos entes federados. Ressalte-se, ademais, que se não houver um Fundo Garantidor, poderão os Estados e o Distrito Federal criar formas de compensação aos notários que prestem serviços não onerosos. A exigência de previsão de fonte de custeio para os serviços notariais é um imperativo de justiça. Se, por um lado, as pessoas excluídas e marginalizadas precisam da assistência do Estado para serem incluídas socialmente, aos delegatários de serviço notarial também é justa a contraprestação pelos serviços públicos prestados. É equivocada a interpretação que exija a fonte de custeio para a criação de benefício previdenciário (art.195, §5º)¹⁹, mas, concomitantemente, queira desonerar os prestadores de serviço público delegado, quando exercem um *munus* público, como é o caso dos notários.

¹⁹Art. 195. Omissis. § 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.