

Zockun

Advogados

Excelentíssimo Senhor Doutor Conselheiro RUI STOCO, do Conselho Nacional de Justiça – Relator do Pedido de Providências nº 200910000000060

Pedido de Providências nº 200910000000060

Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo – SINOREG/SP, entidade sindical de primeiro grau, integrante do Sistema Confederativo de Representação Sindical, com sede no Largo São Francisco, 34 – 8º andar, na Capital do Estado de São Paulo, por seu advogado (doc. nº 1), requer o seu ingresso no presente pedido de providências na qualidade de terceiro interessado e a juntada da seguinte

MANIFESTAÇÃO

a respeito da matéria em discussão no presente pedido de providências, pelos motivos de fato de direito a seguir aduzidos.

1. DOS FATOS

Trata-se de pedido de providências formulado pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso para que esse Conselho declare “proibida a prática do nepotismo em todos os órgãos e serviços notariais e registrais do Brasil vedando-se expressamente a nomeação de parentes dos titulares dos serviços notariais para os cargos previstos no artigo 20 da Lei 8935/94”.

Segundo o Requerente, os exercentes de serviços notariais e de registro desempenham atividade pública judicial¹, são órgãos da administração pública², gestores de tributos³, pertencendo à estrutura do Poder Judiciário⁴. Por essa razão, sustenta o Requerente que a Resolução nº 7/2005 do CNJ e a Súmula nº 13 do STF são aplicáveis àqueles que desempenham atividade notarial, impedindo que o titular de serventia notarial e registral contrate parentes.

Esta entidade sindical, na qualidade de terceiro interessado, pretende contribuir para o aprimoramento da discussão, ampliando o debate a respeito da aplicabilidade aos exercentes de serviços notariais e de registro da Resolução nº 7/2005 do CNJ e da Súmula nº 13 do STF.

2. DO DIREITO

2.1. Preliminarmente:

Da legitimidade do SINOREG/SP para figurar como *terceiro interessado*

Ante a importância e a repercussão da matéria discutida nos autos, V. Exa. prolatou decisão **facultando** “o ingresso de titulares de serventias extrajudiciais nos autos como terceiros interessados, bem como de outras associações nacionais e estaduais, no prazo de trinta dias”.

A Peticionária, nos termos do art. 1º do seu Estatuto, foi constituída “...como entidade sindical de primeiro grau, integrante do Sistema Confederativo de Representação Sindical, com base territorial no Estado de São Paulo...para os fins de estudo, coordenação, orientação, proteção e representação e defesa dos interesses coletivos ou individuais da categoria dos titulares dos serviços notariais e de registro, inclusive em questões judiciais” (grifos nossos).

Para tanto, o art. 2º do seu Estatuto prevê que o Peticionário pode “representar, perante as autoridades administrativas, judiciárias e os poderes públicos em geral, de qualquer instância, os interesses individuais e coletivos de seus associados”

¹ Página 7 do pedido de providências.

² Página 6 do pedido de providências.

³ Página 7 do pedido de providências.

⁴ Página 9 do pedido de providências.

Apesar de V. Exa não ter facultado expressamente o ingresso de outras entidades sindicais como terceiras interessadas, a matéria discutida nestes autos, conforme afirmado por V. Exa., **interessa a todas as serventias extrajudiciais do país.**

E sendo o Peticionário o representante dos *interesses* da categoria dos titulares dos **serviços notariais e de registro do Estado de São Paulo**, disso deflui o estrito vínculo entre os interesses jurídicos da classe representada pelo Peticionário e o presente pedido de providências. Esse vínculo justifica, para além de qualquer espécie de dúvida, a possibilidade do ingresso do Peticionário na condição de *terceiro interessado* neste pedido de providências.

Ademais, considerando-se que o Peticionário conta com mais de um mil associados, todos titulares de serventias notariais e registrais paulistas, é inegável que sua intervenção nesta ação é feito em prol e no interesse de substancial parcela dos notários e registradores do Estado de São Paulo.

Assim, estão presentes os requisitos autorizadores do ingresso do Peticionário nos presentes autos como *terceira interessada*.

2.2. Preliminarmente:

Da incompetência do CNJ para o exame do pedido de providências

Segundo o art. 103-B, §4º, III, da Constituição da República, o CNJ pode processar reclamações contra as *serventias* prestadoras de serviços notariais e registrais.

A boa hermenêutica assinala que o inciso deve ser interpretado em consonância com o parágrafo no qual foi inserido e eles, por seu turno, com o sistema jurídico. Nesse sentido, aliás, o art. 11, III, 'c' e 'd', da Lei complementar federal nº 95/98, não deixa margem à dúvida.

Nesse contexto, a prerrogativa de conhecer reclamação contra serventia notarial e registral (inciso III, do §4º, do art. 103-B, da Constituição da República) será legítima se ela estiver encartada no âmbito do controle de atuação administrativa levada a efeito pelo Poder Judiciário (§4º do art. 103-B da Constituição da República).

À luz dessa acaciana observação, questiona-se: as atividades realizadas pelos titulares das serventias notariais e registrais relativas à contratação de pessoal estão compreendidas no âmbito da atuação administrativa do Poder Judiciário?

Zockun

Advogados

Os arts. 37 e 38 da Lei federal nº 8.935/94 já cuidaram de assinalar que a competência do Poder Judiciário em relação às atividades notariais e registrais limita-se à (i) “fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro...sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos”; e (ii) zelar “..para que os serviços notariais e de registro sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente, podendo sugerir à autoridade competente a elaboração de planos de adequada e melhor prestação desses serviços”.

O encargo de contratação dos prepostos – escreventes e auxiliares – e o gerenciamento dos empregados nas serventias são atribuições exclusivas dos notários e registradores públicos sob o império da livre iniciativa, nos termos apregoados pelos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.935/94. Por essa razão, o Poder Judiciário poderá interferir nessa relação trabalhista⁵ quando, à luz do art. 38 da Lei nº 8.935/94, os serviços em pauta não estiverem sendo prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente (tal como, aliás, apregoa o art. 30, II, da mesma lei federal).

Por essa razão, falece competência ao Poder Judiciário para interferir na sistemática de contratação dos prepostos dos notários e registradores públicos, eis que sobredita atividade não está encartada em sua alçada administrativa, tal como lhe foi assinalado pelo art. 236 da Constituição da República e pelos arts. 37 e 38 da Lei nº 8.935/94. E, por esse motivo, não pode o CNJ atuar no caso em pauta à mingua da atribuição constitucional para tanto.

2.3. No Mérito:

2.3.1. Natureza Jurídica do Vínculo dos Notários e Registradores Públicos

O art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República proclama que o “todo poder emana do povo”. Ao assim prescrever, nossa ordem jurídica reconhece que o povo é o detentor do poder, razão por que o seu exercício está umbilicalmente atrelado à satisfação dos interesses dos seus detentores (ou seja, à satisfação do interesse público).

Observe-se, contudo, que o exercício do poder pode-se dar de forma direta e indireta. Quer-se com isso revelar que o povo goza da aptidão para interferir e influir diretamente no desempenho das funções estatais.

⁵ O regime de contratação dos prepostos nas serventias é o trabalhista (regido, pois, pela CLT) à luz do art. 20, *caput*, da Lei nº 8.935/94.

Zockun

Advogados

No campo da função legislativa, por exemplo, o povo pode elaborar projeto de lei (art. 61, §2º, da Constituição da República) ou, ainda, votar em plebiscitos e referendos. No campo da função jurisdicional, por seu turno, o povo pode atuar como conciliador e juiz leigo (art. 98, I, da Constituição da República e art. 7º da Lei federal nº 9.099/95). Já no campo da função administrativa, a participação popular direta está amplamente assegurada em nossa Carta, e.g., arts. 10; 29, XII; 187; 194, VII; 198, III etc.

No entanto, a investidura de particulares no desempenho de uma atividade estatal deve ser pautada dentro dos limites prescritos pelo ideal republicano.

Se a execução dessa função não exigir, por sua natureza, o desenvolvimento de uma atividade que demande certo grau de complexidade e conhecimento, mormente de ordem técnica, então o particular poderá ser escolhido tomando-se em consideração apenas o seu *status* de cidadão.

De outro lado, contudo, se a atividade a ser realizada for tecnicamente complexa, então o particular não poderá ser eleito tomando-se em consideração apenas o fato de ele ser cidadão. Exigir-se-á dele um *plus* em relação aos seus pares. Nesses casos, deve-se apurar se ele é tecnicamente capaz de exercer, de forma adequada, a função estatal cuja investidura se pretende.

Quer-se com isso deixar explícito que os particulares que aspirarem desempenhar uma atividade pública em colaboração com a Administração devem se mostrar tecnicamente aptos e qualificados a tanto.

Essas considerações são relevantes, pois o art. 236 da Constituição da República deixa claro que as atividades notariais e registrais serão exercidas em *caráter privado*.

Isso significa dizer que os titulares das serventias notariais e registrais não desempenham essas atividades na qualidade de servidores estatais, integrados, pois, na intimidade do aparelho estatal. Se assim não fosse, as atividades seriam desempenhadas por esses agentes em *caráter público*, o que desatenderia o preceito veiculado na própria Constituição da República.

Por isso mesmo os notários e registradores públicos não guardam com o Estado vínculo de natureza profissional, não eventual e sob dependência (hierárquica e/ou econômica). Vale dizer, eles não estão inseridos na estrutura orgânica da Administração como servidores estatais. São, pois, pessoas estranhas ao aparato do Estado e que, a despeito dessa condição, desempenham função pública.

Zockun

Advogados

Esse *status* dos notários e registradores não deve, aliás, causar qualquer espécie de estranheza. E isso porque, com base na mesma titulação jurídica, os concessionários e permissionários de serviço público, os jurados, os mesários, os particulares contratados de serviços, os particulares que realizam prisão em flagrante delito, os denominados advogados *ad hoc* exercem, todos, função estatal. O fazem, contudo, sem integrar a estrutura orgânica do Estado. São, por isso mesmo, qualificados como particulares em atividade colaborada com a Administração.

Logo, os titulares das serventias notariais e registrais – bem como aqueles titulares das serventias judiciais albergados pelo art. 31 do ADCT – desempenham função pública na qualidade de *particulares em atividade colaborada com a Administração*.

Daí porque em parecer elaborado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO especificamente para a hipótese dos autos (doc. 02), o ilustre jurista observou com precisão que:

“10. Em suma: a circunstância de uma dada atividade ser pública – e a notarial e registral obviamente o são – **não implica que o seu exercente seja integrante do aparelho denominado Administração Pública**. É preciso atenção para não misturar dois temas perfeitamente distintos: um, o do tipo de atividade – que é estatal; outro, o do enquadramento de quem a desempenha, o qual pode ou não ser estatal. Assim, **do fato de uma atividade ser pública não se segue que o sujeito que a desempenha se aloque na intimidade do aparelho estatal**” (destaques nossos) (página 16 do parecer).

E mais adiante, conclui com chave de ouro que:

“É que entre os que desempenham misteres públicos alguns, que de resto compõem a grande maioria, acham-se ligados ao Estado por um vínculo que radica na intimidade do próprio aparelho estatal. Prendem-se à organização intestina do Estado e passam a dele fazer parte, como seus integrantes, ubicados no interior do ser jurídico Estado ou das criaturas por este criadas como projeções personalizadas suas. Estão internados no corpo orgânico da pessoal estatal ou de entidade governamental participante da constelação de pessoas formadoras do complexo subjetivo governamental. Daí que as relações entre eles e o Estado ou as sobreditas pessoas são relações internas, operadas no seio das entidades governamentais.

Outros, **como os titulares de Cartórios e Tabelionatos**, os concessionários e permissionários de serviços públicos, **são agentes periféricos** ao todo orgânico formador da máquina estatal; são estranhos à unidade subjetiva que há por nome Estado. **São alheios à intimidade das parcelas atômicas cuja síntese totalizada coincide com o sujeito estatal e seus desmembramentos personalizados**. **Não residem no interior do corpo estatal**. **Encontram-se à margem do Estado**. **As relações entre eles e o Estado são relações externas**,

Zockun

Advogados

enquanto as relações do Estado com os integrantes de sua Administração direta ou indireta são relações internas.

Dessarte, tais atribuições públicas são expressadas *exógena e não endogenamente*” (destaques nossos) (página 17 do parecer).

Não foi por outra razão que o STF, por ocasião do julgamento da ADI 2.602, decidiu neste exato sentido, em decisão assim ementada:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE 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 artigo 40 da CB/88 --- aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (STF – Pleno – Relator p/ acórdão EROS GRAU – DJ 31/3/2006).

2.3.2. Inaplicabilidade da Súmula nº 13 do STF aos Notários e Registradores

Ora, se os notários e registradores são pessoas alheias ao aparelho estatal, seria crível pretender aplicar a eles o preceito que veda a prática do nepotismo?

A Súmula Vinculante nº 13, do STF, dispõe que:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada **na Administração Pública direta e indireta**, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal” (destaque nosso).

Ora, se os exercentes de atividade notarial e de registro, conforme restou demonstrado, *não*

Zockun

Advogados

integram a estrutura orgânica da Administração, é de uma solar evidencia que a Súmula vinculante nº 13 do STF não á aplicável a esses sujeitos.

Nesse tocante, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO é pedagógico ao afirmar:

“Notários e registradores, como amplamente visto, não se alojam nem na Administração direta nem na indireta. **Não recebem dos cofres públicos, não se servem de imóveis públicos, nem de equipamentos, nem de material de escritório pertencentes ao Poder Público.** Remuneram-se com o que lhes é versado pelos usuários da atividade, ocupam prédios, usam equipamentos e material próprios. Os agentes de que se utilizam para prestação das respectivas atividades não são remunerados com recursos públicos, mas são pagos pelos próprios notários e registradores, já que são empregados – ditos prepostos – destes delegados, os quais, como explicitamente o proclamou a Constituição, exercem tal delegação *em caráter privado*, vale dizer, a suas expensas e sob seu próprio risco” (página 21 do parecer).

E conclui:

“14. Verifica-se, pois, em face das considerações precedentes, **o quanto é descabido, absurdo mesmo, pretender que a súmula vinculante nº 13 do STF lhes deva ser aplicada**. É claro a todas as luzes, é perceptível, mesmo a um primeiro súbito de vista, a total ausência de fundamento para estender-lhes restrições, que são plenamente compreensíveis na investidura de cargos na Administração direta ou indireta, mas literalmente disparatadas em relação aos que estão a exercer em caráter privado uma atividade delegada.

Acaso dita súmula deveria ser aplicada também e pelos mesmos fundamentos aos concessionários e permissionários de serviço público? Aos leiloeiros oficiais, aos tradutores públicos? É suficiente estender a hipótese aos que se encontram em posição jurídica similar aos notários e registradores para que se perceba o quanto é teratológica a suposição contemplada na segunda indagação da Consulta” (páginas 21 e 22 do parecer) (destaques nossos).

Poder-se-ia tentar aplicar a vedação ao nepotismo aos notários e registradores públicos ao argumento de que eles devem observar o princípio da moralidade.

Já assinalamos em outra oportunidade que o princípio da moralidade decorre da boa-fé e da lealdade que deve imperar em todas as relações na sociedade⁶. Nas relações em que o Estado é parte, esse primado atinge outro patamar, pois a pessoa pública goza do encargo jurídico-positivo de satisfazer aos anseios da coletividade. E isso porque os princípios que presidem a **atividade estatal** são visceralmente distintos daqueles que autorizam o desempenho da **atividade privada**.

⁶ ZOCKUN, MAURÍCIO. “O descumprimento de medidas liminares por agentes de empresas estatais” *in Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, vol. 45, pp. 115 a 127.

Zockun

Advogados

A projeção desse primado em relação ao *nepotismo* impede que o dinheiro público seja utilizado para favorecer parentes de agentes públicos dentre do aparato estatal. No entanto, terceiro alheio ao aparato estatal, mas que com ele entretêm vínculo jurídico, não é atingido pelos efeitos da vedação ao *nepotismo*.

E isso porque os princípios que presidem a existência e funcionamento da **atividade privada** são distintos daqueles que habitam o Estado. Para esses particulares vigora a **livre iniciativa** com os riscos e liberdades a ela inerentes; para a **atividade estatal** vige o primado da estrita vinculação aos ditames fixados pela lei⁷.

Se essa não fosse a solução, então os prepostos a serem contratados pelo notários e registradores públicos deveriam ser selecionados por meio de concurso público e investidos na respectiva função com as prerrogativas e encargos daqueles que desempenham uma atividade estatal na intimidade do aparato estatal. Todavia, se o próprio titular da serventia não é servidor público e, por isso mesmo, está alheio ao seu aparato, com maior razão não estarão os seus prepostos.

Logo, os princípios encartados no art. 37, *caput*, da Constituição da República, aplicáveis aos Poderes da República e à Administração direta e indireta, não podem ser estendidos àqueles agentes estranhos à sua estrutura orgânica.

Daí porque CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO conclui pela inaplicabilidade do primado da moralidade à hipótese, com as seguintes palavras:

“Por último, anote-se que o óbvio fundamento da súmula vinculante em apreço é o princípio da moralidade ao qual se reporta o art. 37 da Constituição. Ora, dito princípio se refere à conduta dos que se encartam na Administração Pública, justamente porque são retribuídos pelos cofres públicos, porque ocupam prédios públicos, servem-se de equipamentos públicos e consomem material fornecido pelo Poder Público. Assim, não se justificaria que desfrutassem disto, por se beneficiarem de relação de parentesco com agentes públicos. Se, todavia, nada disto se coloca, por estar em pauta situação visceralmente diversa, que não propõe qualquer dos fatores mencionados, é de solar evidência que não comparece para nada o aludido princípio” (páginas 22 e 23 do parecer).

Em síntese, aos particulares (dentre os quais se incluem os notários e registradores) aplica-se o primado da boa-fé e da lealdade nas relações; àqueles encartados na Administração direta e

⁷ E nisso, HELY LOPES MEIRELLES, há tempos, destacava que na Administração privada era dado fazer aquilo que não era vedado em lei, ao passo que na Administração do interesse público só era lícito fazer aquilo que a lei determinava.

Zockun

Advogados

indireta do Estado aplica-se a boa-fé qualificada, qual seja, moralidade administrativa.

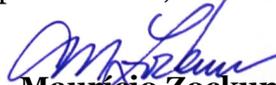
Justamente por força disso, qualquer solução em sentido diverso – almejando aplicar o princípio da moralidade aos titulares das serventias notariais e registrais na contratação de seus prepostos – resultaria na inovação inaugural da ordem jurídica que, nesse tocante, merece repulsa na exata dimensão preconizada pelo mesmo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, assim:

“Assim, não há duvidar que as atribuições contempladas no § 4º do art. 103-B da Constituição Federal como pertinentes ao Conselho Nacional de Justiça não atribuíram a este órgão do Poder Judiciário competência legislativa alguma nem, obviamente, a possibilidade de exercitá-la subrepticamente mediante resoluções com força de lei, mesmo que expedidas a título de interpretar normas constitucionais ou legais, se com isto produzirem inovação em matéria administrativa ou substantiva da atividade notarial e de registro, maiormente quando implicarem o aporte de conteúdo contraposto ao que resulta da lei 8.935/94” (página 10 do parecer).

3. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, o Peticionário sugere (i) que o CNJ reconhece sua incompetência para analisar a matéria; e, superada essa preliminar, (ii) que seja reconhecida a inaplicabilidade da Súmula nº 13 do STF e da Resolução nº 07/2007 do CNJ ao notários e registradores públicos.

De São Paulo para Brasília, 11 de fevereiro de 2009


Maurício Zockun
OAB/SP nº 156.594