

SERGIO FERRAZ

PARECER

Consulente:
Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo

São Paulo, 02 de maio de 2008

SUMÁRIO

	pág.
CONSULTA	1/3
PARECER	
I: <u>Identificando os temas</u>	4/5
II: <u>A questão da modalidade seletiva</u>	5/16
III: <u>A questão da reserva de plenário</u>	16/20
IV: <u>A questão do litisconsórcio passivo necessário</u>	20/23
V: <u>A questão do fato consumado</u>	23/27
VI: <u>Quesitos e respostas</u>	27/35



CONSULTA

Os eminentes advogados, Dr. Luís Tarcísio Teixeira Ferreira e Dra. Fernanda Barretto, em nome do Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo — SINOREG, nos honram com a formulação de consulta, lastreada em copiosa documentação e arrematada por pertinente quesitação. Para enfrentamento das questões suscitadas, impõe-se, como ponto-de-partida, a enunciação da temática contemplada nas indagações deduzidas pelos Consulentes ilustres, bem como sucinta exposição dos fatos implicados.

Em 04 de novembro de 2005, o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo fez publicar o Edital 01/2005, relativo à abertura de inscrições para o “IV Concurso Público de Provas e Títulos para Outorga de Delegações de Notas e Registro”. Com essa iniciativa, buscou-se o preenchimento, pelos critérios de ingresso e de remoção, de serventias vagas.

O *punctum dolens*, do qual derivadas as indagações que nos foram propostas, centra-se no item 05 do supra citado Edital. É que, em seus subitens 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3 e 5.1.4, o instrumento convocatório dispôs que tanto

para o provimento inicial (isto é, para o ingresso na atividade), quanto para o secundário (isto é, mediante remoção), seria obrigatório o concurso público de provas e títulos.

Entendendo que, por dicção constitucional e infraconstitucional, a exigência de concurso público de provas e títulos só é mandatória para o ingresso na atividade (preenchendo-se as vagas reservadas às remoções mediante concurso de títulos), o SINOREG e a Associação dos Registradores de Pessoas Naturais de São Paulo — ARPEN impetraram, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mandado de segurança (coletivo), tendo por alvo a exigência descabida aposta às remoções (ato coator), apontando o Presidente, daquela elevada Corte, como autoridade coatora.

O *writ* tomou o número 132.507. À vista da estatura da autoridade coatora, coube seu julgamento ao Órgão Especial do TJSP, que, por fim, denegou a ordem.

Irresignado, o SINOREG interpôs o cabível Recurso Ordinário, endereçado ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, Pretório em que o inconformismo foi autuado como Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 25.487, distribuído ao preclaro Ministro José Delgado (1ª Turma).

Encaminhados os autos ao exame do *Parquet*, aí obteve o recurso parecer favorável à concessão da segurança.

Na seqüência, procedeu-se, em 11.12.07, ao julgamento do feito, concluindo a Egrégia Turma, por unanimidade, pela concessão da segurança. Todavia, em 12.01.08, atendendo à suscitação de Questão de Ordem formulada pelo próprio Ministro José Delgado, a Egrégia Turma houve por bem anular o anterior julgamento, com fundamento na falta de intimação do Estado, tido como litisconsorte passivo necessário.



Assim intimado, o Estado de São Paulo ofertou contrarrazões, alicerçadas em três considerações:

_____ a nulidade do processo, por falta de citação, como litisconsortes passivos necessários, de todos os candidatos do concurso, aprovados pelo critério de remoção;

_____ a perda de objeto da ação, em razão do término do concurso (alegação a que as razões do Estado afixaram o título "teoria do fato consumado");

_____ a validade da exigência de concurso público de provas e títulos também para preenchimento de vagas mediante remoção.

Com essa manifestação, o processo foi endereçado à douta Procuradoria-Geral da República, para a emissão de novo parecer. Consta que esse segundo opinamento já foi lançado nos autos, mas de seus termos o SINOREG ainda não teve conhecimento. E essa é a situação presente do andamento da ação mandamental.

Sobre esse pano-de-fundo repousam as perguntas, de índole formal e material, que os cultos Consulentes nos endereçaram. Para bem considerá-las, motivadamente procurando dar-lhes as respostas cabíveis, desdobraremos, no prosseguimento, as meditações de cunho teórico e jurisprudencial, com que o quadro fático descrito nos desafia. Após concluída essa etapa, transcreveremos os quesitos e ofereceremos nossos opinamentos.

PARECER

I: IDENTIFICANDO OS TEMAS

1- À vista do relato que elaboramos, a ele acoplado o exame das peças processuais submetidas à nossa indagação, podemos identificar, nitidamente, os temas centrais que deverão ser objeto de nossa abordagem. Enunciemo-los:

a) a questão da modalidade seletiva aplicável ao preenchimento de serventias vagas, pelo critério de remoção;

b) a questão da inobservância, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da cláusula de reserva de plenário, para declaração da suposta inconstitucionalidade da Lei federal 10.506/02;

c) a questão da citação dos candidatos aprovados no concurso público, pelo critério de remoção, como litisconsortes passivos necessários, no mandado de segurança impetrado pelo SINOREG-SP;

d) a questão referente à invocabilidade da teoria do fato consumado, quando em jogo relação jurídica de direito público.

Pela magnitude das questões supra recenseadas, assim como pela diversidade da natureza jurídica dos institutos que elas envolvem (parte delas atinente ao direito material; outras tantas integrantes da seara processual), adotar-se-á o método de análise apartada de cada uma delas, a ser desenvolvida em capitulação autônoma.

II: **A QUESTÃO DA MODALIDADE SELETIVA**

2- O Edital nº 01/2005, item 05, ponto de irradiação das indagações dos nobres Consulentes, regulamenta o preenchimento de serventias vagas, de Notas e Registros, prevendo duas distintas situações, para consecução do objetivo do instrumento convocatório: um certo número de vagas seria suprido mediante “ingresso”; as restantes alcançariam seu preenchimento pelo critério de “remoção”. Para uma e para outra, das duas diferentes situações, um único método foi determinado: o concurso público de provas e títulos.

Descrito o quadro, passemos à análise.

2.1- Poucos segmentos, de nossa estrutura constitucional, acusaram tantas modificações, pela Constituição de 1988, quanto aquele dedicado aos servidores públicos.

Para começar, importa gizar uma delimitação do universo de agentes, que a expressão “servidor público” poderia, em tese, abarcar. Em tese e de fato. Assim é que, sob a égide da Carta de 67/69, servidor público constituía uma denominação abrangente, compreensiva também, por exemplo, dos empregados das pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta. Outra porém é a dicção, presentemente, sobretudo depois da edição das Emendas Constitucionais 18/98 e 19/98. Agora, como nitidamente decantável do artigo 39 da Constituição da República, servidor público é, tão apenas, o titular de cargo e função ou detentor de emprego, de pessoa jurídica estatal de direito público: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como as autarquias e fundações de Direito Público de cada

qual das citadas pessoas. Apenas nessa configuração é que se pode falar em cargo público, função pública ou emprego público.

2.2- Nessa estrita dimensão, constitucionalmente estipulada, a Constituição prescreveu tratamento fechado, em atenção aos princípios fundamentais regedores da Administração, consagrados no artigo 37, *caput*.

Assim é que, após afirmar o princípio da acessibilidade ampla aos cargos públicos¹, a Lei Magna definiu a via ordinária assecuratória do referido acesso: o concurso público de provas ou de provas e títulos², somente afastável, para o servidor público (com a acepção estrita e estreita, precedentemente referida), nos casos em que a própria Constituição assim disponha³.

O acesso, viabilizado pela aprovação em concurso, aperfeiçoa-se pela nomeação e concretiza-se pela posse. Percorrida essa seqüência tem-se aquilo que a doutrina denomina provimento originário do cargo público (em oposição a provimento derivado, que é aquele em que a ocupação do cargo se dá em favor de quem já é servidor. Surgem aí as figuras do provimento derivado vertical — é o caso das promoções — e horizontal — readaptação, reintegração, etc...).

2.3- Impõe-se então, por nitidez conceitual, reter os dados essenciais que defluem das considerações até aqui postas. Podem eles ser assim resumidos:

- a) servidor público, em sentido constitucional próprio, é aquele que titula cargo público ou função pública, bem como o que ocupa ou exerce emprego público, em qualquer dessas hipóteses numa relação de trabalho com as pessoas de Direito Público da Administração Direta ou Indireta;

¹ CF 37, I

² CF 37, II

³ v.g., CF 198 §4º



- b) para que alguém se invista na condição de servidor público, originariamente (i.e., investidura não-derivada, como acontece exemplificativamente nas promoções), imprescindível (ressalvadas as exceções expressas na própria Constituição) é a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

E só.

3- Não obstante o contingente humano, que serve ao Poder Público, seja predominantemente composto pelos servidores públicos, acima conceituados, cabe assinalar que tão múltipla e diferenciada é a atividade estatal, que não se revela possível concentrar sua realização somente nessa categoria.

Creemos ainda insuperável a tipologia elaborada pelo saudoso OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO⁴. Para abranger todos os que desempenham atividades estatais, cunhou o mestre a expressão agente público. E, na seqüência, desdobrou-os em três grupos: agentes políticos, servidores estatais e particulares em colaboração com o Estado.

Para os propósitos deste Parecer, podemos por de lado a categoria dos agentes políticos, denominação que, na lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO⁵ abarca aqueles que "integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder": por exemplo, o Presidente da República, o Senador, etc...

Tampouco será agora necessário cuidar dos servidores estatais, sendo bastante lembrar que aqui se inserem os servidores públicos (com o conceito antes examinado) e os servidores das pessoas jurídicas governamentais de Direito Privado (sociedade de economia mista, empresas públicas, etc...).

⁴ "Princípios Gerais de Direito Administrativo", volume II, Forense, 1994, pág. 277

⁵ "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 23ª ed., pág. 241

Nossa atenção vai voltar-se, neste momento, para a apontada terceira categoria de agentes públicos: os particulares em colaboração com o Poder Público.

3.1- No terceiro escaninho conceitual, agora destacado, vamos encontrar aqueles que, embora sem vínculo integrativo à pessoa estatal, desempenham, transitória ou episodicamente, função pública (em sentido lato). O quadro dos personagens, aqui identificáveis, é amplíssimo e multifacetados seus campos de atuação. Aí deparamos, por exemplo, com: os jurados; os “funcionários” de fato; os concessionários e permissionários de serviços públicos; os contratados na forma do Código Civil; etc...

Aqui também localizamos uma espécie de particular, à qual se dedica, especificamente, o núcleo deste Parecer: aquele que, por delegação do Poder Público, exerce, em caráter privado, os serviços notariais e de registro⁶.

3.2- Fique estabelecido, por conveniência metodológica e intuitos de desejável brevidade, que não ignoramos os termos da larguíssima controvérsia, durante tanto tempo mantida, por doutrina e julgados, a respeito da categorização de notários e registradores, como servidores públicos (e não, como particulares em colaboração com o Poder Público). Temos claro que essa não é a postura mais atualizada, da doutrina e da jurisprudência: na primeira linha, refira-se a lição, dentre os já aqui citados, de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO e MARÇAL JUSTEN FILHO, em seus excelentes “Curso de Direito Administrativo”; na segunda linha citemos, por todos, o acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADIN 2.602⁷, sendo relator o Ministro Eros Grau.

4- O assentamento das precedentes premissas, bem como a referência às matrizes constitucionais que temos como implicadas na hipótese

⁶ CF art. 236

⁷ julgamento em 11.11.04

da Consulta, nos autorizam, cremos, a proclamar algumas teses, a se refletirem necessariamente nas futuras respostas aos quesitos propostos. Assim é que:

- a) o inciso II, do artigo 37, da Constituição NÃO se aplica à função notarial e de registro. E não se aplica, primacialmente, porque tais funções não são desempenhadas por servidor público, em sentido próprio;
- b) não bastasse esse primeiro fundamento, outro há, da mesma índole e majestade: a atividade notarial/registrária foi objeto de específica disciplina constitucional, aliás lançada em sede topograficamente muito distante⁸ da que reservada ao servidor público.

É então chegada a hora de adentrarmos, no que pertinente aos pontos consultados, o exame dos parâmetros constitucionais regedores da matéria.

4.1- Segundo referência que já lançamos anteriormente, o *caput* do artigo 236, da Constituição da República, estabeleceu algumas importantíssimas definições, a saber:

_____ são primariamente de natureza pública as atividades notariais e de registro;

_____ todavia, sua execução não caberá, primariamente, a servidor público, e sim, a particulares, que “em caráter privado”, as desempenharão;

_____ a legitimação do particular, para assim agir em colaboração com o Poder Público, haverá de perfazer-se “por delegação do Poder Público”.

⁸ art. 236



A natureza jurídica, das atividades em questão, atrai, para sua regência, o comando da “ampla acessibilidade” do artigo 37, I. De seu turno, essa acessibilidade geral mais não é que emanação dos princípios basilares, capitulados no caput do artigo 37. Por outra parte, a técnica administrativa ainda não concebeu melhor maneira, de observar o imperativo da ampla acessibilidade, que a do concurso público.

Com fulcro em tais meditações, o constituinte, ainda no artigo 236, inscreveu um parágrafo 3º, assim redigido:

“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”.

Os grifos são nossos, justificando-se porque enfatizam as palavras-chaves, que guiarão nossos argumentos.

4.2- Lei alguma, mas muito menos a Constituição, Lei das Leis, contém palavras inúteis. Isso é axiomático até, para os estudiosos da hermenêutica constitucional (JOSÉ AFONSO DA SILVA e CARLOS AYRES BRITTO, dentre outros, em suas notáveis monografias sobre interpretação da Constituição).

Dessa sorte, ao referir-se, no parágrafo 3º, do artigo 236, a concurso de provimento e a concurso de remoção, o constituinte estava a consagrar seu reconhecimento à existência de dois tipos diferentes de concurso, para o preenchimento de serventias vagas. A busca dos traços diacríticos teria de realizar-se, pelo intérprete da norma constitucional, com os instrumentos da exegética constitucional. É a essa tarefa que nos entregaremos, no prosseguimento.

4.3- Por óbvio, concurso, até etimologicamente, é confronto, competição, com vistas a uma posterior seleção.

Colocando-se, por ora, entre parênteses o tema notarial e registrário, regressando-se destarte à matriz do artigo 37, I e II, deparamo-nos com três situações claramente distintas:

a) no geral dos casos de investidura primária no serviço público (em senso estrito), a seleção se realiza mediante concurso público. O adjetivo público, ao qualificar o substantivo concurso, traduz o metro da acessibilidade ampla;

b) o referido concurso público pode ser de provas, ou de provas e títulos, definindo-se a opção, por uma ou outra das modalidades, em lei que, para sua opção, tomará em conta a natureza e a complexidade do cargo ou emprego;

c) a lei poderá extrair, da exigência de concurso público, as nomeações para cargos em comissão, desde que os declare de livre nomeação e exoneração.

Ademais do item "c" supra, a Constituição mesma ainda contempla várias outras exceções à regra do concurso público, para provimento de cargos efetivos como se dá, por exemplo, com os cargos de Ministro do Superior Tribunal Federal, de Ministro ou Conselheiro dos Tribunais de Contas, do "quinto" (advocacia e Ministério Público) dos Tribunais Superiores e dos de segunda instância, etc...

Doutra parte, o ordenamento jurídico consagra várias modalidades de provimento derivado de cargos públicos, como expressamos e exemplificamos, no item 2.2 deste Parecer.

No conjunto de todas essas considerações, colhe-se um norte seguro, que nossa doutrina e jurisprudência reafirmam sem contestações: a exigência do concurso público de provas ou de provas e títulos, concretização superior dos princípios constitucionais da Administração Pública⁹, diz respeito aos provimentos originários dos cargos. Aliás, a exprimir essa idéia com maior clareza, proclamava a Constituição de 67/69, em seu artigo 97 § 1º, que “a primeira investidura em cargo público”, e só essa, submetia-se à exigência do concurso público de provas ou de provas e títulos.

4.4- As assertivas, até este ponto desdobradas, quanto aos concursos na fórmula do artigo 37, II, não de ser meticulosamente pesadas, quando se cuide de preenchimento de cargo por provimento derivado. São nítidas as razões, para tal diferenciação. Assim:

- a) no caso de provimento derivado, o requisito da acessibilidade universal se encontra atendido, eis que o concorrente já foi preteritamente investido no serviço público (provimento originário), mediante o concurso disciplinado no artigo 37, II constitucional;
- b) ao princípio da razoabilidade, pauta essencial da atividade estatal, não se acomoda aqui a obrigatoriedade do concurso de provas ou de provas e títulos, em razão da especificidade dos motivos ensejadores do provimento derivado: este existe seja para ensejar o progresso na carreira (provimento derivado vertical, isto é, a promoção), seja para restaurar ou fazer retomar a relação de trabalho que fora truncada por “acidentes” de percurso, em seu *iter* (provimento derivado horizontal, aqui, respectivamente, nos casos de reversão do aposentado e de readaptação do servidor lesado física ou mentalmente).

5- Casos específicos e especiais, soluções (normas) específicas e especiais.

⁹ CF art.37

O artigo 37 II dirige-se à generalidade dos servidores públicos. O constituinte mesmo, sopesando fatores de conveniência e racionalidade, considerando demais disso a especialidade do trabalho notarial e registrário, optou por disciplinar o preenchimento das serventias em artigo autônomo. *In casu*, o artigo 236. A opção, claro está, até porque operada pelo constituinte originário, não comporta discussões quanto a seus erros ou acertos. Mas no que diz respeito à técnica jurídica, tem o intérprete o direito, talvez o dever, de apontar inconsistências e equívocos na construção da regra. E antecipamos que levantaremos, aqui, alguns julgamentos enfaticamente críticos.

Nosso exame vai cingir-se, a lume dos objetivos deste Parecer, a dois segmentos do mandamento constitucional ora sob comento.

Em primeiro lugar, o *caput*: aqui se define de maneira suficiente, o caráter público da atividade e o caráter privado DE SEU EXERCÍCIO (e pois, de seus exercentes) mediante delegação. Dentre outras marcantes utilidades, o *caput* do artigo 236 evidencia, para além de qualquer dúvida razoável, que notários e registradores não são servidores públicos, conquanto integrem o conjunto dos agentes públicos.

Já o parágrafo 3º, do mesmo preceptivo, se revela assaz infeliz em sua estrutura e forma, com a conseqüência até mesmo da confundir a clareza que o *caput* resguardara na definição da natureza jurídica da atividade e de seu exercício: infeliz, quando utiliza vocábulo (provimento) afeiçoado nuclearmente ao regime jurídico do servidor público, em sentido estrito; infeliz, ainda, quando adota redação que não distingue, com a clareza que se exige do legislador (sobretudo do constituinte), as diferentes situações contempladas na norma. É sobre essa segunda infelicidade que expressaremos na seqüência, algumas breves idéias.

5.1- O parágrafo 3º, do artigo 236, contempla duas formas de “provimento” (vá lá a impropriedade do vocábulo, aqui) das serventias,



TOTALMENTE DIVERSAS: o originário, a que denomina ingresso na atividade; o derivado, a que denomina remoção.

O provimento originário, por imperativo do interesse público, que conota a atividade cartorária (letra expressa do *caput* do artigo, como já vimos), está necessariamente jungido à regra da acessibilidade universal, de que o artigo 37, I é a expressão consumada. Por isso mesmo, a via de ingresso é, aqui, a mesma eleita para o servidor: concurso público de provas e títulos. Constata-se, como se vê, uma qualificante: ao passo em que no artigo 37, II se abre uma alternativa (concurso público de provas ou de provas e títulos), agora o constituinte determinou uma só fórmula — o concurso público de provas e títulos (registre-se, aliás, que o constituinte predefiniu também, em outras passagens, a modalidade única admissível: por exemplo, no artigo 93, I, exige o concurso público de provas e títulos, para o ingresso na Magistratura).

5.2- Dá-se contudo que, a par do provimento originário, o constituinte, no artigo 236¹⁰, considerou ainda a possibilidade de provimento derivado mediante concurso. E a reservou para a hipótese de remoção.

Na acepção das normas registrárias (não só a constitucional, mas também as infraconstitucionais, a saber, Leis federais 8.935/94, 10.169/00 e 10.506/02), a remoção é a passagem do titular de uma serventia para outra, da mesma especialidade funcional (como definidas essas especialidades, no artigo 5º da Lei 8.935/94). Deflui do artigo 236 que as serventias poderão ser livremente (observadas as proporções do número de vagas, reservadas a uma ou outra modalidade de seleção) preenchidas, originária ou derivadamente. Mas, em nosso juízo, o provimento derivado deve ser conectado, fundamentalmente, à cláusula final do parágrafo 3º do artigo 236 constitucional: evitar que fiquem elas vagas por mais de seis meses, não sendo praticável, em caso concreto, seu procedimento com essa restrição temporal, à vista das previsíveis demoras de um concurso público de provas e títulos.

¹⁰ §3º

5.3- Com essas ponderações, parece-nos nítida a intelecção das regras jurídicas, implicadas em nossa análise.

Quando se cuidar de vaga para a qual temporalmente cogitável a realização de concurso público de provas e títulos, optar-se-á pelo provimento originário. Quando porém configurável o óbice temporal, escolher-se-á o concurso de remoção, o qual, por imperativos do princípio da razoabilidade, não seguirá o diapasão do concurso de provas e títulos, balizando-se pelo parâmetro do artigo 16 da Lei 8.935/94, com a redação que lhe outorgou a Lei 10.506/02. Além desses critérios materiais, observar-se-á o critério proporcional, estabelecido em lei: dois terços das vagas são reservadas para o provimento originário; dois terços para o derivado. Entender diversamente, *data venia*, seria interpretar o ordenamento, propositadamente ignorando os elementos que o integram! Se a Constituição alude, num mesmo preceito, a concurso de provimento e concurso de remoção, ao analista NÃO é permitido dizer que se trata de expressões sinônimas ou quase equivalentes. E se o constituinte somente referiu expressamente um tipo de concurso, nesse mesmo §3º, ele obviamente se dirige ao primeiro dos concursos discriminados na seqüência do preceptivo: o concurso de provimento. Com relação ao concurso de remoção, preferiu o constituinte o silêncio eloqüente, com o que abriu margem à integração da mesma, na elaboração infraconstitucional. E essa se perfez, na matriz competencial única, constitucionalmente traçada¹¹, para legislar sobre registros: a lei federal (competência privativa da União).

O resultado do cotejo de toda essa tessitura normativa pode ser assim esquematizado:

- a) das vagas a serem preenchidas, dois terços serão reservadas para provimento originário;
(Lei 8.935/94, artigo 16, com a redação que lhe deu a Lei 10.506/02)
- b) o provimento originário será balizado por concurso público de provas e títulos ("concurso de provimento");
(CF artigo 236, §3º; Lei 8.935/94, artigo 14, I)

¹¹ artigo 22, XXV

- c) ao provimento derivado estará reservado um terço das vagas;
(Lei 8.935/94, artigo 16, com a redação que lhe deu a Lei 10.506/02)
- d) o provimento derivado será balizado por concurso de títulos (“concurso de remoção”);
(CF artigo 236 §3º; Lei 8.935/94, artigo 16, com a redação que lhe deu a Lei 10.506/02)
- e) compete à lei (em senso estrito) estadual estabelecer as normas e os critérios para a apreciação e julgamento dos títulos, referentes ao concurso de remoção.
(Lei 8.935/94, artigo 18)

Uma sexta conclusão há de ser aditada às precedentes, até porque delas decorre necessariamente: é absolutamente írrita e ilícita, por inconstitucional, a edição, por Tribunal de Justiça, de normas regedoras dos concursos focalizados neste Parecer, ou balizadores de seu julgamento. A essas Cortes cabe, tão somente, estruturar e baixar os atos convocatórios do concurso, a definição de seu conteúdo, a formação das bancas julgadoras e as providências atinentes à realização material da competição. E só.

5.4- Afaste-se, por especiosa, qualquer argumentação em oposição à conclusões aqui alcançadas, sob o suposto viés de se divorciarem elas das preocupações axiológicas que estão na raiz de nosso constitucionalismo. Sejamos, no particular, sucintos:

- a) a impessoalidade e a isonomia estão respeitadas seja no “concurso de provimento”, seja no “concurso de remoção”. Naquele e neste porque, definido o universo de cada um (ilimitado, no originário, como quer o artigo 37, II da Constituição; necessariamente restrito — mas, dentro do âmbito de restrição, também sem limite: à remoção podem concorrer todos os notários e registradores da mesma especialidade funcional —, como quis a parte final do artigo 236 §3º), inexistente discriminação caprichosa ou vedada;
- b) doutra banda, decorrendo a distinção entre os dois tipos de provimento como sublinhamos antes, de imperativos da razoabilidade, de imediato se afastam as objeções de infringência aos princípios da moralidade ou da eficiência.

5.5- A tudo isso se acresça que o Superior Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já têm, em algumas oportunidades, referendado as conclusões por nós esposadas, neste Parecer. O material entregue a nosso exame refere, inclusive, os julgados lançados na ADIN 2.018 (Pretório Excelso) e no Superior Tribunal de Justiça. Não iremos deter-nos na análise de tais julgados, por isso que o embasamento teórico de nossas afirmações já está extensamente lançado no presente trabalho. Mencionamos a existência de tais julgados unicamente para tornar ainda mais visível a integral consistência e o incontestável acerto, dos pressupostos lógico-jurídicos de nosso opinamento.

III: A QUESTÃO DA RESERVA DE PLENÁRIO

6- Os eméritos Consulentes, na exposição fundamentada em que submeteram a matéria a nosso exame, noticiaram que o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Mandado de Segurança 132.507-0/2-00 (impetrado pelo SINOREG), em que impugnado o Edital nº 01/2005, teria adotado como razão de decidir, para denegar a ordem, a suposta inconstitucionalidade, da Lei federal 10.506/02, sem observância, contudo, do devido processo legal adjetivo. É sobre tal matéria que iremos agora discorrer.

6.1- Sob nossas vistas o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no *writ* referido, impetrado pelo SINOREG-SP.

O equívoco técnico de ordem processual, em que tal aresto incide, é de surpreendente dimensão, ainda mais quando cometido por uma Corte de amplo prestígio nacional.

Como se constata da leitura da decisão, o Relator, após expor seu ponto-de-vista no sentido da inconstitucionalidade do concurso de remoção mediante confronto de títulos, chegou à conclusão, apoiada pela unanimidade de seus pares, de que se deveria instaurar incidente de inconstitucionalidade da Lei federal 10.506/02 (amparo normativo ao concurso

em questão). Parando seu pronunciamento nesse patamar, estaria o TJSP observando, estritamente, os mandamentos dos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil, que são ecos do artigo 97 da Constituição. Na seqüência, o órgão julgador do mandado de segurança, que no caso em questão era o próprio Órgão Especial, em vista do incidente instaurado, deliberaria, em processo autônomo, sobre a questão prejudicial. E só após colhido esse *decisum*, retomaria o Tribunal, na sede processual suspensa, a deliberação sobre o pedido de *mandamus*.

Mas assim não fez o TJSP!

Conforme se lê do acórdão em tela, o Órgão Especial, depois de acolher a suscitação do incidente, determinando inclusive (com acerto) o seu processamento apartado, denegou a própria ordem, por não vislumbrar, *in casu*, direito líquido e certo! E note-se: nessa desordem processual teimosamente prosseguiu, mesmo após alertado, mediante embargos de declaração, para a insuperável contradição em que havia incidido!

6.2- Contra tal decisão o impetrante interpôs recurso ordinário, para o Superior Tribunal de Justiça.

Remetidos os autos à Procuradoria Geral da República, a PROCURADORA DULCINÉA MOREIRA DE BARROS, ademais de apoiar o próprio pedido de segurança (em seu mérito), especificamente sobre o esdrúxulo deslize técnico-processual, aqui enfatizado, assentou com vigor e correção:

“Inacreditável! Primeiro denegou-se a ordem para que depois fosse decidido a respeito da inconstitucionalidade da lei que constituiu prejudicial do objeto da demanda, já denegada, repita-se”.

6.3- A técnica da reserva de plenário (expressão que, em atenção ao artigo 97 da Constituição, traduz a cisão de julgamentos, quando há matéria constitucional de caráter prejudicial do mérito) não é afastável nem quando,

como é a hipótese da Consulta, o órgão judiciário é o mesmo, para o incidente e para a causa.

É dizer, ainda que a competência, para conhecer do mandado de segurança, seja originariamente do Órgão Especial, afinal também competente para dirimir o incidente de constitucionalidade, dois julgamentos terão de ocorrer, na seqüência lógico-jurídica, estipulada inclusive pela Lei Maior e pelo diploma processual civil.

Há, é verdade, alguns poucos julgados do Supremo Tribunal Federal, admitindo, em situações restritas, o julgamento implícito do incidente. Mas, para tanto, a causa, determinante da suscitação do incidente, há de ter sido expressamente decidida, com base na inconstitucionalidade alegada. Foi o que proclamou o STF, no Recurso Extraordinário 240.096¹²:

“Controle de constitucionalidade de normas (CF, artigo 97): reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que — embora sem o explicitar — afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios alegadamente extraídos da Constituição”
(nossos os grifos)

Não é o caso sob exame, neste Parecer. Aqui, repise-se, o TJSP concluiu, de maneira anedótica e antologicamente imprevisível, que

*“Caberá, portanto, ao Órgão Especial desta Corte, resolver a matéria constitucional suscitada. É uma questão prévia, imprescindível ao julgamento do mérito na lide onde se persegue o objeto principal, ou seja, para ser outorgada ao interessado sua pretensão, há necessidade de um pronunciamento do órgão colegiado sobre a inconstitucionalidade da lei.
De tudo decorre que, por ora, não se vislumbra direito líquido e certo a amparar, devendo-se aguardar o pronunciamento do órgão colegiado sobre a lei que se entende inconstitucional (Lei Federal n° 10.506/02)”!!!*
(nossos os grifos)

¹² 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 30.03.99

6.4- Por uma outra razão, de si suficiente, compete recusar, em princípio, a possibilidade de julgamento implícito do incidente.

É que, segundo preconizam os parágrafos 1º e 2º, do artigo 482 do CPC, é facultada a terceiros (que o apontado preceito enuncia) a manifestação no incidente de inconstitucionalidade. E tal possibilidade seria *a priori* excluída, *contra legem*, se admitido livremente o julgamento implícito da mencionada prejudicial.

6.5- De conseguinte, patenteia-se, no julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no Mandado de Segurança 132.507-0/2-00, vício de monta, de sorte alguma indiferente ao ordenamento jurídico.

IV: A QUESTÃO DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO

7- Recordamos agora que o Estado de São Paulo, convocado a manifestar-se, pelo eminente Ministro José Delgado, relator do Recurso Ordinário interposto contra a supra mencionada decisão do TJSP, dentre outras alegações, sustentou a nulidade de todo o processo, em razão de falta de citação de todos os candidatos aprovados no concurso de remoção. Ao ver do Estado, seriam eles litisconsortes passivos necessários.

7.1- A Lei 6.071/74, ao adaptar disposições normativas do mandado de segurança ao Código de Processo Civil então recentemente editado (1973), estipulou — outorgando nova redação ao artigo 19 da Lei 1.533/51, que:

“Aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o liticonsórcio”.

Tão clara preceituação tem o condão de pré-afastar quaisquer dúvidas: no mandado de segurança deve ser admitida a intervenção

litisconsorcial, em qualquer de suas configurações: ativo, passivo ou misto; originário ou ulterior; necessário ou facultativo.

Interessa-nos, aqui, uma das feições, da configuração litisconsorcial: trata-se do litisconsórcio passivo necessário (inclusive na feição unitária).

Dá-se a caracterização do litisconsórcio passivo necessário quando a concessão da segurança afetar direito de quem não figurou originariamente na lide. Em tais situações, há de ser promovida a citação do litisconsorte, sob pena de extinção do processo¹³. Ou, acaso não percebida oportunamente a existência de tais terceiros, a consequência poderá vir a ser a mais radical: a decretação da nulidade do processo. Por isso mesmo, a revelação de haver litisconsorte passivo necessário pode ser argüida a qualquer tempo e fase do processo, até mesmo em recurso extraordinário¹⁴.

Há, todavia, necessidade de paralelismo absoluto de situação jurídica, entre impetrante e eventual litisconsorte passivo necessário: a postulação de um e outro tem de vir lastreada na alegação da existência de direito subjetivo, sendo inadmissível a pretensão fundada em simples expectativa de direito. Disse por isso o Supremo Tribunal Federal, com felicidade integral, que o litisconsórcio necessário "*tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicar ou a afetar seu direito subjetivo*"¹⁵.

A hipótese mais corriqueira, mas não única, de litisconsórcio passivo necessário, em mandado de segurança, patenteia-se no caso de uso do *writ* contra ato judicial, que a terceiro foi benéfico.

7.1- As circunstâncias envolvidas na Consulta são, contudo, de natureza diversa.

¹³ Súmula 631 do STF, Súmula 145 do extinto Tribunal Federal de Recursos

¹⁴ STF, Revista Trimestral de Jurisprudência, 68/442

¹⁵ in "Revista dos Tribunais", 594/248

Aqui, o SINOREG-SP ajuizou ação de segurança contra ato do Presidente do TJSP, pelo qual estatuída, para concurso de remoção de cartorário, a exigência de prestação de provas e títulos, em antinomia ao que disposto na Lei federal 10.506/02.

Cabe enfatizar que, na data da protocolização do mandado de segurança — 30 de março de 2006 — inexistia qualquer candidato aprovado ou ato de remoção de candidatos ao concurso. De fato, segundo documentação que nos foi propiciada para exame, somente em 22 de agosto de 2007 é que se realizou, no TJSP, a sessão de escolha das serventias vagas.

Assim, quando impetrada a segurança, ninguém era titular de direito subjetivo, relativamente ao Concurso a que se reporta este Parecer.

Ora, de há muito que os Tribunais adotaram o entendimento de que, quando o ato coator se reveste de efeitos multitudinários, a aplicação automática do artigo 47, do C.P.C. há de ser ponderada *cum grano salis*, eis que incompatível com a pretendida celeridade do mandado de segurança. A esse propósito, referimos em nosso “Mandado de Segurança”¹⁶:

“Mas, ultimamente, sensíveis às dificuldades inversas que têm os impetrantes para citar litisconsortes no caso de atos relativos a concursos públicos, nos quais, de regra, elevado o número de inscritos, vêm os Tribunais proclamando que, em casos dessa ordem, a citação daqueles é dispensável, eis que detêm mera expectativa de direito à nomeação”. (grifos do original)

E o quadro não se altera, quando o concurso já se ultimou, com a aprovação de candidatos. Reiterou, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, ainda há pouco:

¹⁶ Malheiros, 2006, pág.129

“Segundo precedentes, em tema de mandado de segurança contra atos que regem concursos públicos, não há necessidade de serem citados os demais candidatos aprovados, pois estes detêm mera expectativa de serem nomeados”¹⁷.

Oportuno aditar que o quadro de meros expectantes de direito, que se apõe aos candidatos na hipótese da Consulta, mais se robustece, à vista dos seguintes dados:

- a) o impetrante SINOREG-SP deu ampla ciência antecipada de sua iniciativa judicial, a todos os seus filiados, dentre os quais os candidatos ao concurso de remoção;
- b) o mandado de segurança foi ajuizado pouco após a publicação do edital do Concurso;
- c) a existência de processos judiciais pendentes (incluindo aí o supra mencionado mandado de segurança) foi publicamente comunicada aos candidatos, quando da mencionada sessão, no TJSP, de escolha das serventias.

V: A QUESTÃO DO FATO CONSUMADO

8- A Procuradoria Geral do Estado de SP, na sua já referida manifestação, em atendimento à convocação que lhe endereçou o brilhante MINISTRO JOSÉ DELGADO, arrolou, entre os argumentos em oposição ao mandado de segurança, a alegação que desenvolveu sob a epígrafe “Do fato consumado”.

Com esse título, o que pretendeu o Estado de São Paulo foi o reconhecimento da intangibilidade do ato coator (e do concurso tal como, na

¹⁷ Agravo Regimental no Recurso Especial 848.857-AL, Rel. Min. Paulo Gallotti, decisão unânime, DJU 21.05.07, pág. 634

conformidade do referido ato, realizado), por isso que já empossados candidatos aprovados, em suas novas serventias.

Há contudo manifesto equívoco nessa postulação, particularmente quando ela é posta em confronto com o basilar princípio da legalidade. É o que se passa a evidenciar.

8.1- É cediça, em nosso Direito Público, a valorização, que a doutrina empresta, ao princípio da legalidade, no contexto da Administração Pública (em qualquer dos Poderes estatais). A essa valorização doutrinária agrega-se a dicção do direito público positivo brasileiro: não bastasse a reiteração com que leis de vocação codificadora exaltam a prioridade que se deve outorgar a essa baliza axiológico-normativa (*verbi gratia*, a Lei Federal 9.784/99, verdadeira Lei Geral do Processo Administrativo, cujo artigo 2º aponta em primeiro lugar, dentre os que compõem o ideário estimativo da Administração Pública, o princípio da legalidade), a tudo se sobrepõe a Constituição da República, cujo artigo 37 (*caput*) determina inarredavelmente:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (grifos nossos)

Oportuno e conveniente advertir: pela sua postura e compostura, pela amplitude (sem limites) da escala dos personagens a que imposta sua observância (dever de obediência indeclinável, insuprimível e irredutível), pela relevância e majestade de seu conteúdo material, o prefalado artigo 37, *caput*, acima parcialmente transcrito, é uma regra jurídica nacional, integrativa dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil¹⁸ e, por isso mesmo, autêntica cláusula pétrea de nosso constitucionalismo.

¹⁸ Constituição, artigos 1º ao 4º

Com tais aproximações conceituais, pode-se, atentos à consagrada fórmula de SEABRA FAGUNDES (administrar é aplicar a lei de ofício), afirmar que o princípio da legalidade, em sua abordagem primeira, estabelece a exigência de que a atuação dos agentes do Poder só ocorra em consonância estrita com previsão legislativa; de revés, é-lhes vedado impor qualquer restrição ou obrigação, senão em virtude de lei.

8.2- Ao dispor o constituinte, logo no pórtico do Pacto Fundamental, que o Brasil é um Estado Democrático de Direito¹⁹, *ipso facto* erigiu o princípio da legalidade à categoria de pedra angular, de nosso regime jurídico de direito, particularmente, de direito público (expressão aqui usada *utilitatis causae, i. e.*, sem preocupações com a crítica científica que ela por vezes, merecidamente aliás, recebe). E o que é melhor: a consagração do modelo “Estado Democrático de Direito”²⁰, com os atributos descritivos que explicitam seu conceito²¹, já enseja os necessários subsídios, para plenamente compreender o que é o princípio da legalidade.

Na sua mais concentrada acepção, por princípio da legalidade se entende a regra²², segundo a qual toda a atividade estatal se realiza debaixo da lei, na forma da lei e para atingir os fins assinalados na lei. Ou seja, a atuação estatal só se ostenta legítima se dotada de “motivo legal” (existência de norma autorizadora de sua emanção e definidora da competência de quem vá produzi-la) e de “motivo de fato” (constatação objetiva e concreta da existência do fator empírico, tido pela lei como o “gatilho” que detonará o agir administrativo efetivo).

8.4- Há equívoco manifesto na formulação da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, reitere-se.

¹⁹ CF art. 1º

²⁰ CF art. 1º

²¹ CF arts. 1º, 3º e 4º

²² CF, art. 5º, II

O contraste entre a inovação do parâmetro do fato consumado e a imperatividade do princípio da legalidade tem constituído, desde há muito, objeto da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Por isso mesmo, pode-se afirmar a existência de uma teoria brasileira da convalidação do ato administrativo viciado, em Direito Público. Seus traços mais marcantes aqui serão agora expostos:

_____ o princípio da segurança jurídica de um lado, e o da legalidade do outro, reclamam aplicação harmonizadora, aferível em cada caso (nosso, com ADILSON DALLARI, "Processo Administrativo", 2ª edição, pág. 94);

_____ na avaliação dos fatores da nulidade, há que sopesar, confrontar, sempre, a situação posta por intermédio do ato que se diz viciado, com a presunção do interesse público em sua manutenção (PAULO NEVES DE CARVALHO, "Os atos administrativos em espécie: conteúdo, forma, revogação e anulação", in "Boletim de Direito Administrativo" 10/651);

_____ *"É claro, pois, que só pode haver convalidação quando o ato possa ser produzido validamente no presente. Importa que o vício não seja de molde a impedir a reprodução válida do ato. Só são convalidados atos que podem ser legitimamente produzidos.*

A Administração não pode convalidar um ato viciado se este já foi impugnado, administrativa ou judicialmente". (CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo", 24ª edição, pág. 459. Grifos do original).

Como se verifica, é insuficiente a mera invocação do decurso do tempo, ou da produção de efeitos em favor de terceiros, para invocar, em Direito Público, a teoria do fato consumado. Como adequadamente anotou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região²³, "a atividade judicial, sendo função de natureza política, não é presidida somente pela ética das convicções, mas também pela ética da responsabilidade (Max Weber)".

Ora, na hipótese da Consulta:

²³ Remessa Ex Officio 1999.01.00.037546-6/DF, Diário da Justiça da União, Seção 2, pág. 149

___ o ato (edital do concurso) foi, imediatamente, alvo de impugnação judicial e administrativa;

___ a repetição do ato hoje, tal como antes praticado, marcar-se-ia das mesmas nulidades, antes apontadas.

Em casos tais, impossível suplantar o princípio da legalidade, pretendendo-o afastável pelo mero decurso do tempo.

O princípio insculpido na Súmula 473 do STF — *quod nullum est nullum producit effectum* — permanece em vigor, nos parâmetros há pouco apontados. Nesses limites, continua una a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em dizer que não há falar-se em direito subjetivo à manutenção de ato nulo, se praticado em desconformidade com a lei, irrelevante o tempo decorrido²⁴. Ou seja, prevalece, ainda hoje, a lição segundo a qual o ato administrativo nulo só excepcionalmente pode ser convalidado²⁵.

Entender como pretendeu a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo importa em violação à própria Constituição (art. 37, *caput*: princípio da legalidade), atraindo, para cá, a lição do consagrado WILLOUGHBY:

*"An unconstitutional act is not a law, it confers no rights, it imposes no duties, it affords no protection, it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed"*²⁶.

VI: QUESITOS E RESPOSTAS

9- Assentados extensamente os pressupostos teóricos de nosso pensamento, alcança-se, agora, a parte final deste Parecer, momento em que serão transcritos os quesitos formulados pelos Consulentes, a cada qual

²⁴ RE 136.236-SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, Revista Trimestral de Jurisprudência 146/658

²⁵ Apelação em Mandado de Segurança 83.596, Tribunal Federal de Recursos, Relator Ministro Lauro Leitão, DJU 15.12.83, pág. 19.911

²⁶ nossos os grifos; "The Constitutional Law of the United States", New York, 1910, vol. I, pág. 10, §5

oferecendo-se, agora, as respostas de forma tão objetiva quanto possível.

Assim:

a) **Para o provimento de serventias vagas, pela modalidade derivada de remoção, é admissível a exigência, em edital, de concurso público de provas e títulos?**

Resposta: NÃO.

Na forma do que estabelece o artigo 236 §3º da Constituição da República, neste passo regulamentado pelo artigo 16 da Lei federal 8.935/94, com a redação que lhe atribuiu a Lei federal 10.506/02, o concurso de remoção haverá de ser preenchido mediante prova de títulos (repita-se o que já afirmado, fundamentadamente, na parte expositiva deste Parecer: provimento dentro da mesma especialidade do cartório). Ressalte-se que o legislador ordinário poderia ter cominado, também para a remoção, o concurso de provas e títulos (como a princípio optou, na dicção original da Lei 8.935/94). No entanto, ao editar a Lei 10.506/02, outro foi o ditame do legislador, que estava, no particular, investido em discricionária competência.

Doutra parte, como expressamos antes, o alvitre legal do concurso de títulos, para o provimento mediante remoção, não infringe qualquer princípio ou regra constitucional, antes afeiçoando-se, inteiramente, ao texto constitucional inscrito no artigo 236 §3º.

Por último, importa referir que a iniciativa reguladora exercida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no ato coator impugnado no Mandado de Segurança 132.507.0/2, se revestiu de aberrante inconstitucionalidade, a lume do estatuto competencial normativo traçado no artigo 22, XXV, da Lei das Leis.

b) **Marca-se de nulidade a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por não ter observado o disposto no artigo 480, do Código de Processo Civil?**

Resposta: SIM.

Na história do constitucionalismo, sempre constituiu matéria extremamente sensível a recusa da aplicação, pelo Judiciário (e também,

anote-se apenas de passagem, por não se tratar de temática envolvida na Consulta, pelo Executivo), de regra inconstitucional, baixada pelo Legislativo. E assim foi, historicamente, tanto com referência ao controle difuso, quanto ao controle direto, da inconstitucionalidade da norma substantivamente legislativa. A essa possibilidade, de há muito cunhada pelo constitucionalismo norte-americano (no célebre caso Marbury/Madison), não faltaram vozes e penas que apontassem, em oposição, o princípio da separação dos Poderes.

Hoje a controvérsia tem sabor sobretudo histórico. E no ordenamento jurídico brasileiro esse controle superior, em sede jurisdicional, conta, praticamente, com a mesma idade que se atribui a nosso regime republicano.

Não obstante a consolidação histórica de tal controle, ela não obscurece uma verdade jurídica e institucional de monta: o afastamento da regra inconstitucional é, sempre e sempre, um momento de crise, por isso que se traduz numa ação saneadora de um Poder, tendo por objeto uma realização de outro Poder.

Eis a razão de tratar a Lei Magna sempre com muito cuidado, desse tema tão delicado.

Na questão pertinente à Consulta, não está em jogo o riquíssimo problema do controle direto de inconstitucionalidade. Aqui, temos em mãos o controle exercido em caso concreto e para o caso concreto, que o deflagrou.

Para essa situação, o constituinte determinou²⁷ que a decisão judicial fosse tomada por *quorum* significativamente alto, procedendo-se ao julgamento pelo mais amplo órgão integrante da Corte em que se deva produzir a dirimência.

Os artigos 480 a 482, do Código de Processo Civil, têm por fito a regulamentação do artigo 97 da Constituição. Regulamentação aliás imprescindível, particularmente porque a multiplicação dos litígios, os imperativos da especialização e os ditames da divisão do trabalho acabaram por impor, aos Tribunais, a política da segmentação funcional de sua competência.

²⁷ artigo 97

A regra básica, contida nos supra mencionados artigos do diploma processual civil, elucida como se compatibiliza a realidade cotidiana do funcionamento jurisdicional mediante órgãos fracionários, com a determinação constitucional da necessariamente elevada representatividade da decisão de inconstitucionalidade. Para tanto, deparando o órgão fracionário com situação em que se prenuncie a possibilidade de uma decisão para o caso, fundada no questionamento da validade de diploma infraconstitucional, em face da Lei Maior, haverá de: *i)* suspender a dirimência do caso concreto; *ii)* remeter (mediante a suscitação de incidente específico), para o Órgão Especial (ou equivalente), a decisão sobre a suposta inconstitucionalidade da regra ordinária a ser aplicada no litígio; *iii)* depois de obtida a decisão sobre a questão maior, o órgão fracionário retoma o julgamento suspenso, decidindo a lume do *dictum* do órgão superior, sobre a matéria do incidente prejudicial.

Quid inde, quando se tratar de lide que, por determinação competencial específica, caiba originariamente ao Órgão Especial?

Essa, exatamente, a hipótese da Consulta. Trata-se de mandado de segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça. A norma especial de competência determina que ao Órgão Especial cabe originariamente o julgamento da matéria. Como funciona, em tais casos, o princípio da reserva de plenário? A resposta é simples, por isso que os artigos 480 a 482, do C.P.C., não abrem exceção alguma à aplicação da preceituação. Assim, o Órgão Especial: *i)* suscita o incidente; *ii)* destaca-o do processo em que se deu a suscitação e instaura nova relação processual (autônoma); *iii)* julgada a questão da inconstitucionalidade, retoma o Órgão o julgamento da questão concreta, decidindo-a na consideração do que proclamado no julgamento do incidente.

Embora não seja juridicamente correto, vez por outra ocorre que o Órgão Especial assim não procede, destacadamente. E, de cambulhada: *i)* argüi a matéria constitucional; *ii)* decide-a e, no mesmo impulso, julga a ação em que surgido o incidente, mas considerando o que em relação a este declarado. Já frisamos, no percorrer do Parecer: trata-se de grave erronia, assim agir. Para fundamentar tão grave assertiva, basta lembrar dois pontos: *i)* o artigo 482 faculta a terceiros o ingresso nesse contencioso (incidente) de

constitucionalidade, o que o julgamento de cambulhada impede; *ii*) a decisão sobre o incidente, por dizer respeito a matéria constitucional, pode ser atacada em recurso extraordinário — o que o julgamento de cambulhada impede.

Apesar de tudo isso, o Supremo Tribunal Federal, provavelmente porque a conduta atécnica, desse jaez, de outras Cortes se venha acumulando, ou premido por considerações conectadas à celeridade e à duração razoável do processo (princípio constitucional hoje expresso), tem sido leniente com o desvio em questão. Mas, como vimos no item próprio deste Parecer, exige uma dupla condição de aceitação da erronia: que o julgamento da Corte *a quo* contenha, ainda que implicitamente, uma declaração de inconstitucionalidade da norma ordinária pertinente à lide; que a lide seja decidida sob critérios extraídos do deslinde da matéria prejudicial.

NÃO FOI O QUE SE DEU NO CASO DA CONSULTA.

Aqui, conforme transcrição da conclusão do acórdão, precedentemente produzida,

_____ o Tribunal suscitou o incidente de constitucionalidade;

_____ o Tribunal não se pronunciou sobre o incidente, concluindo que se deveria “aguardar o pronunciamento do órgão colegiado”;

_____ mas, no parágrafo seguinte, denegou a ordem, sob o pretexto da inexistência de decisão quanto à matéria constitucional prejudicial?!

ABSOLUTA BALBÚRDIA.

Resultado prático: o Tribunal julgou a lide — E MUITO MAL, COM FUNDAMENTOS TOTALMENTE EQUIVOCADOS — e denegou a segurança, sem a prévia decisão da questão constitucional prejudicial!

É claro, pois, que a Corte desrespeitou o comando constitucional da reserva de plenário²⁸, bem como as regras processuais que o regulamentam²⁹. E sequer cuidou de observar os parâmetros que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem edificando, para admitir (equivocadamente porém, a nosso sentir) e placitar o julgamento “implícito” do incidente em mira.

²⁸ CF, art. 97

²⁹ C.P.C., artigos 480 a 482

Inequívoca, por tais artes, a NULIDADE da decisão da Corte paulista.

c) **No processo de mandado de segurança, conectado a esta Consulta, registra-se o vício de nulidade, por falta de citação de todos os candidatos aprovados no concurso de remoção?**

Resposta: NÃO.

Não mais subsiste, nos autores e na jurisprudência, dúvida sobre a arquitetura da relação processual, no mandado de segurança que ataca atos regedores de concursos públicos. Esquematizemo-la:

- A = legitimação ativa — Autor (impetrante)
- B = informante — o perpetrador do ato coator (autoridade coatora)
- C = objetivo da ação — desconstituição do ato coator
- D = legitimação passiva — a pessoa jurídica a que ligada a autoridade coatora

Nessa equação, não há lugar para a inserção processual dos candidatos do concurso.

Transpondo-se a estrutura supra, para o *writ* da Consulta, temos:

- A = legitimação ativa — SINOREG (mandado de segurança coletivo)
- B = informante — o Presidente do Tribunal de Justiça (autoridade coatora), agente produtor do ato coator (o edital do concurso de provimento e de remoção)
- C = objetivo da ação — desconstituir o edital do concurso
- D = legitimação passiva — o Estado de São Paulo (a que juridicamente integrada a autoridade coatora).

Na figuração supra, não há como inserir os “candidatos aprovados no concurso de remoção”. Até porque, quando impetrada a ação (30.03.06), ainda sequer havia candidatos aprovados e classificados! Ou seja, inexistia, ao tempo do ajuizamento, qualquer pessoa, com direito subjetivo à nomeação para as serventias vagas. Em relação a tais candidatos, somente se poderia cogitar de mera expectativa de direito. Ora, é cediço que, para simples expectativa de direito descabe a via mandamental, reservada apenas a

quantos tenham direito subjetivo líquido e certo a proteger, é dizer, direito integrado ao patrimônio jurídico da pessoa.

É por tudo isso que os julgadores e os doutos proclamam a *una voce*, como demonstramos no desdobramento de nossos fundamentos teóricos, às respostas agora oferecidas: os candidatos de um concurso, até mesmo quando já aprovados, NÃO têm de ser citados como litisconsortes passivos necessários, no mandado de segurança que impugne atos regedores do certame, eis que detêm simples e mera expectativa de serem nomeados.

Pondo-se entre parênteses, somente para argumentar, a irrefutável fundamentação acima exposta, cumpre ver que, nos casos de concurso público, de regra abrangentes de uma multidão de inscritos ou de interessados, exigir a citação de todos eles equivaleria a impedir o acesso ao Judiciário, pela via heróica. Ademais disso, a inevitável demora que requereria tal hipotética citação multitudinária sepultaria, irremediavelmente, a característica constitucional de celeridade, que informa e inspira a existência do mandado de segurança.

Enfim, por todas as considerações ora mais uma vez expostas, há que se proclamar com ênfase: não há como cogitar, aqui, da citação dos candidatos aprovados no concurso de remoção. A uma, porque, no instante da impetração, sequer havia candidatos aprovados. A duas, porque mesmo os candidatos aprovados só têm, em relação ao cargo que perseguem, mera expectativa do direito de serem nomeados. Sem a titularidade, líquida e certa, do direito subjetivo à nomeação não há como divisar, para tais candidatos, a situação de litisconsórcio passivo necessário.

Não há, assim, margem alguma para excogitar de nulidade processual, para a ausência de citação dos candidatos ao concurso de remoção.

d) **É cabível a alegação de fato consumado, ou da perda do objeto da ação, no caso da Consulta, tendo em vista a teoria da nulidade dos atos administrativos e do controle judicial dos atos administrativos?**

Resposta: NÃO.

Coube à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, ao apresentar contrarrazões ao Recurso Ordinário Constitucional, interposto pelo SINOREG, levantar a “tese” do descabimento do *writ*, tendo em vista o decurso do tempo desde a impetração e a constituição, a partir de então, de situações jurídicas em favor dos candidatos ao concurso de remoção.

No corpo do Parecer, tivemos oportunidade de, com detença e amplitude, enunciar os parâmetros de harmonização entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da legalidade, quando em jogo relações de direito público. Traçamos então, com absoluta nitidez, as balizas que poderiam levar, hipoteticamente, à convalidação do ato coator (o edital do concurso). E com fulcro nos notáveis magistérios, então invocados, de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO e de PAULO NEVES DE CARVALHO, relembramos que em convalidação somente se poderia pensar, para “salvar os fatos consumados”, se:

- _____ o ato impugnado pudesse ser validamente repetido;
- _____ o ato impugnado não tivesse sido impugnado, judicial ou administrativamente.

Ora, no caso da Consulta, não só o edital sob crítica não tem qualquer possibilidade de ser validamente repetido (pelos vícios constitucionais e infraconstitucionais apontados no Parecer), como também foi ele imediatamente impugnado, em sede administrativa e judicial. Não há, pois, como salvá-lo e, por conseqüência óbvia, como resguardar os efeitos dele decorrentes. Não há direito adquirido com base em ilegalidades. Não há direito adquirido contra a Constituição. O que nasce nulo, em tais circunstâncias, nulo permanecerá até o fim dos tempos.

Ademais, a invocação de fato consumado exige a corporificação de boa-fé, de ignorância da ilicitude, da parte do suposto beneficiário.

Ora, no caso em tela os candidatos foram advertidos da equivocidade jurídica do concurso, desde a impetração da segurança, até mesmo a sessão do Tribunal, destinada à escolha das serventias. Boa-fé e ignorância passam a ser, então, alegações de impossível aceitação.

Resta ainda, para rebater a alegação da perda do objeto da ação, nas contrarrazões do Estado de São Paulo, corrigir uma falsa assertiva,

ali contida: a de que o *writ* impetrado era um mandado de segurança preventivo, cujo objeto faleceria se o concurso fosse ultimado, antes da formação da coisa julgada.

Como se vê do capítulo próprio da petição inicial ("Do Pedido"), o mandado de segurança foi impetrado em caráter corretivo, "para sanar a ilegalidade originária absoluta da exigência editalícia de provas aos que já estão ingressos às atividades notariais e concorrem pela remoção". O que se requereu preventivamente foi a suspensão do concurso, mediante liminar, o que aliás não foi deferido. Mas o pedido do *mandamus* persiste vivo, eis que vivo continua o ato coator cuja correção o mandado de segurança busca. Falar destarte em perda do objeto da ação é absolutamente infundado juridicamente, além de assentado em afirmação absolutamente inveraz (a suposta natureza preventiva do mandado).

Com as considerações expostas e as respostas agora oferecidas, dá-se por findo o Parecer.

São Paulo, 02 de maio de 2008



SERGIO FERRAZ