

Princípios constitucionais e atividades de cartório (o Provimento 77/2018 do CNJ)

*Constitutional principles and notary activities
(Provision 77/2018 of the National Council of Justice - CNJ)*

Sérgio Ferraz*

RESUMO

O presente texto focaliza delicada e relevante questão com que se deparam atualmente as corregedorias de justiça e o próprio Conselho Nacional de Justiça: Há incidência de condicionamentos na designação de substitutos interinos para serviços notariais e de registros? Ou, ainda: o Provimento 77/2018 do CNJ padece de vício de legalidade? Este artigo, partindo da temática dos princípios constitucionais e da natureza jurídica dos serviços notariais e de registros, proclama a plena validade do citado Provimento 77 e a aplicação nas designações interinas em questão dos princípios da moralidade e da vedação ao nepotismo. Refere-se, ainda, em apoio à tese, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Cartório, aspectos constitucionais. Princípio da moralidade. Nepotismo.

ABSTRACT

This text focuses on a delicate and relevant issue, which currently faces the Corregedorias de Justiça and the National Council of Justice itself: is there specific conditions on the designation of interim agents for notary and registry services? Or yet: the Provision 77/2018, of the CNJ, suffers from a legal defect? The following article, starting from the thematic of the constitutional principles and the legal nature of the notary and registries services, proclaims the full validity of said Provision 77 and the fulfillment of the principles of morality and the prohibition of nepotism in the interim designations presently in question. It also betake the jurisprudence of the Federal Supreme Court to support this thesis.

Keywords: Registry office, constitutional aspects. Principle of morality. Nepotism.

1 O local e a data me fogem da memória, mas não o ponto nuclear, em certo dia e em certa cidade, então trazido a debate.

Tomei conhecimento, por um magistrado de minhas relações de amizade, de que um expositor, ao ensejo de uma reunião patrocinada por uma associação de notários no ano de 2018, afirmara não estarem

tais agentes, quando da indicação de substitutos interinos, obrigados a observar, dentre outras balizas, a principiologia estatuída no *caput* do art. 37 da Constituição da República e, tampouco, a aplicação da proclamação lançada na Súmula Vinculante 13, do Supremo Tribunal Federal. Suportes mais enfatizados então pelo expositor seriam dois, a saber:

a) a incidência restrita do prefalado artigo constitucional, aplicável apenas à Administração Pública;

b) o caráter primordialmente privado da atividade de notários e registradores, por consequência desobrigados seus ocupantes de atendimento a comandos que só à Administração Pública afetariam.

* Advogado. Jurista. Parecerista. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Membro honorário vitalício do Coadem (Colégios e Ordens dos Advogados do Mercosul). Ex-consultor jurídico do Ministério da Justiça. Procurador (aposentado) do estado do Rio de Janeiro. Vice-presidente da Comissão de Direito da Biotecnologia da UIA (Union Internationale des Avocats). Membro vitalício do Senado da UIBA (Unión Iberoamericana de Abogados). Professor titular de direito administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Livre-docente (direito do trabalho) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Assim, ainda segundo o expositor, à designação interina de substitutos não importariam considerações de nepotismo ou de presunção de moralidade.

Após a informação que recebi do mencionado amigo, busquei no âmbito eletrônico ver e ouvir a exposição em tela. E confirmei pessoalmente, então, que o relato era, em sua essência, fiel à realidade.

Foi pela absoluta discordância quanto ao que vira e ouvira que me motivei a apresentar, sem agravos pessoais ou contundências argumentativas, as razões de ciência jurídica do dissenso. É o que passo a fazer, fatiando tematicamente os pertinentes tópicos.

2 Primeiramente, a questão dos princípios constitucionais do art. 37, *caput*.

Eventuais leitores: não tenham receios. Ao contrário do que se tornou rotineiro em dissertações, teses e livros, aqui não se vai alongar a abordagem da teoria dos princípios, tão importante quanto repetitivamente dissertada. O muito que se falou e escreveu a esse respeito tornou quase impossível qualquer originalidade na análise da matéria.

Lançado o aviso, vale explicitar o foco deste segmento.

O que me interessa aqui pontuar é que a constituição, ao menos em sua atual e/ou moderna concepção, *não* é um documento que se enderece unicamente à Administração Pública. Para mim, desde os seus primórdios, constituição é um pacto da cidadania envolvendo todas as instituições e todos os indivíduos de certo país, permeando e orientando não só as relações indivíduo-Administração, mas também os vínculos indivíduo-indivíduo.

Por isso, a não ser que se opte pelo retorno à lei da selva, não há campo para entender, por exemplo, que o princípio da moralidade só diz respeito aos afazeres da Administração. Aliás, se assim fosse, que razão teriam as leis penais na previsão de crimes contra a honra, contra a liberdade individual, contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos, contra os costumes e contra a família (para falarmos apenas em algumas condutas desviadas)? Adite-se que o fato de as figuras nominadas no Código Penal como corrupção ativa (art. 333) e corrupção passiva (art. 317) virem no título alusivo aos crimes contra a Administração Pública em nada infirma a consideração do princípio da moralidade também nas relações privadas; até porque o cerne dessas duas figuras delituosas é a percepção de “vantagem indevida” ou a “promessa de tal

vantagem”, o que sempre envolve um atentado contra o patrimônio, público ou privado, dado suficiente para se concluir que *moralidade* é tema de inflexão na ordem administrativa e/ou nas relações particulares.

Em arremate: nas suas relações privadas (pessoais, familiares, etc.) ou nos seus relacionamentos com a Administração Pública, está o indivíduo vergado, dentre outros vetores, ao princípio da moralidade.

Por isso mesmo, notários e registradores também são alvos necessários da imperatividade do princípio da moralidade. E na ampla acepção de moralidade se encarta, é óbvio, a questão do nepotismo, a ser mais adiante considerada.

3 A Constituição, em seu art. 236, dita, de forma clara e impassível de controvérsia: o *regime jurídico* dos serviços notariais é de *direito público*. O *exercício* das atividades notariais se dá por *delegação* do Poder Público, pautando-se a atuação concreta dos notários por uma dinâmica de caráter privado. Mas, desenganadamente:

- trata-se de *função pública delegada*, *gozando os atos e documentos* produzidos pelos notários de fé pública, sendo, por isso mesmo, instrumentos e documentos públicos;
- os atos dos notários são fiscalizados pelo Poder Judiciário;
- o ingresso na atividade notarial e de registro se perfaz mediante *concurso público* de provas e títulos.

Da simples menção constitucional à nota da *delegação*, como geratriz de toda a atividade notarial e de registro, já se extrai, desenganadamente, a *natureza pública* das atividades em questão. É dizer, trata-se de *função pública, delegada* pelo Poder Público a particulares para exercê-la (com prévio *concurso público* de provas e títulos) em caráter privado, sob direta e permanente fiscalização de um dos poderes estatais (o Judiciário). Cumpre enfatizar: na *delegação*, como todos sabemos, o núcleo da competência (de reger e supervisionar) remanesce na pessoa do delegante, transmitindo-se apenas o *exercício* das atribuições encartadas na competência. Se assim é — *e assim é* —, sendo delegante o Poder Público, o regime jurídico de direito público não pode ser afastado ou ignorado. Quando muito, com ele poderão conviver faixas de regime privado, tais como ensejadas no instrumento (normativo ou administrativo) da delegação.

Esse breve equacionamento já é mais que suficiente para se poder afirmar, sem hesitação ou

medo de errar: a principiologia do *caput* do art. 37 constitucional é baliza inafastável para o exercício das atividades notariais e de registros. Sustentar o contrário é ir contra o óbvio. A ressalva do art. 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias se restringe aos direitos adquiridos dos servidores das serventias *oficializadas* antes de 05/10/1988 (assim, por exemplo, não estão tais servidores, já detentores de tal qualidade antes da Constituição de 1988, obrigados à prestação de concurso público, para permanecerem na atividade). Ademais, por sua natureza de disposição transitória, a eficácia do citado art. 32 se esgotou com a simples promulgação da Constituição de 1988.

No plano infraconstitucional, o art. 236 mencionado foi regulamentado pela Lei 8.935, de 18/11/1994. Quanto ao tema central da presente exposição, destacamos da referida lei o art. 20, que, dentre outras preconizações, atribui ao titular do cartório competência para designar seu(s) substituto(s) eventual(eventuais). Já quando se trata de vacância da titularidade, a competência para a designação do substituto interino incumbirá às corregedorias de justiça dos estados e do Distrito Federal (interpretação sistemática dos arts. 37, 38 e 39, § 2º, da citada Lei 8.935/1994).

4 O Conselho Nacional de Justiça (doravante CNJ) é, por determinação constitucional (art. 103-B, notadamente seu parágrafo 4º), o órgão encarregado do controle da atuação administrativa do Poder Judiciário, aí incluídos (inciso II do mencionado § 4º) os serviços notariais e de registros. Anote-se ainda que, na forma do inciso II do § 4º do art. 103-B constitucional, também é atribuição, e destacada, do CNJ “zelar pela observância do artigo 37” da Constituição, por todos os segmentos e ramificações que integram o sistema do Poder Judiciário (e assim, por óbvio, pelas serventias notariais e de registros). Já o inciso I conferira ao CNJ, dentre outros, o poder de expedir atos de cunho normativo para tal ambiência.

É na totalidade do leque regulatório acima percorrido que se enquadra não só a edição do Regimento Interno (doravante RI) do CNJ, como também se legitima a emissão por ele de resoluções e provimentos. Essa tessitura, esmiuçada no parágrafo anterior do presente texto, se reafirma no art. 4º, I a III, do RI do CNJ. Decorrência dela se estampa, por exemplo, na Resolução 156 de 08/08/2012, pela qual o CNJ, expressamente invocando o art. 37, em especial os princípios da moralidade, da legalidade e

da probidade, vedou a designação por tribunais para função de confiança ou cargo em comissão de pessoa que tenha praticado atos legalmente tipificados como causa de inelegibilidade.

Interessa às finalidades específicas deste trabalho o exame do Provimento 77, de 07/11/2018, do CNJ. Nesse diploma as restrições relatadas anteriormente para preenchimento de funções de confiança e de cargos em comissão nos tribunais foram estendidas às hipóteses de designação de substituto para responder interinamente nos casos de vacância de serventia extrajudicial (com o acréscimo, mais que razoável e imperativo, de não poder recair a designação sobre pessoa que perdeu a delegação notarial ou registrária por decisão judicial ou administrativa). Mas o Provimento 77/2018, claramente subjugado, como determina a Constituição, aos princípios da moralidade e da probidade, ainda estatuiu:

Art. 2º [...]

§ 2º A designação de substituto para responder interinamente pelo expediente não poderá recair sobre cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau do antigo delegatário ou de magistrados do tribunal local.

5 A inspiração que está na base da vedação acima transcrita é transparente: trata-se de rejeitar a prática, na titularidade interina das serventias extrajudiciais, do *nepotismo*, já fulminado (como modalidade que é de ofensa ao princípio da moralidade) pelo Supremo Tribunal Federal, na sua Súmula Vinculante 13, *verbis*:

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.

Bom é que se pontue: a vedação do § 2º do art. 2º do Provimento CNJ 77/2018 *não* se funda na *supra* transcrita súmula vinculante. O provimento em questão nem sequer refere tal súmula vinculante. Ela (vedação) se enraíza *diretamente* no art. 37 da Constituição Federal, o que, pela urdidura normativa mais anteriormente exposta, goza de integral apoio jurídico. A Súmula Vinculante 13 apenas reforça argumentativamente

o Provimento 77, sublinhando a inafastabilidade da incidência do princípio da moralidade (de que o nepotismo é apenas uma das vertentes) em *todo* o espectro das atividades de relevância pública, da Administração Direta ou da Indireta, nos serviços prestados diretamente pelo Estado ou mediante delegação. Dessa sorte, pretender, como se fez na palestra mencionada logo ao início deste trabalho, que a disposição contrária ao nepotismo, consagrada no § 2º do art. 2º do Provimento CNJ 77/2018, não se aplica às serventias vagas, porque elas não compõem a Administração Pública Direta ou a Indireta, não passa de rotundo *sofisma*, que não se sustenta em nenhuma consideração hermenêutica plausível.

Pondo-se de lado, para simples argumentação, a retro citada Súmula Vinculante 13, importa destacar que o STF, em caráter praticamente remansoso, tem afirmado, dentre outros ditames, 1) a natureza *pública* dos cargos e funções das serventias extrajudiciais, bem como o fato de que 2) tais serventias, conquanto não integrando o conjunto dos órgãos e serviços auxiliares dos tribunais, inserem-se no sistema rotulado como *organização judiciária*. Vale a pena, nesse contexto, fazer remissão ao julgamento, naquela citada elevada Corte (STF), da ADI 4.140/GO, brilhantemente relatada pela ministra Ellen Gracie. O núcleo da discussão, então, situou-se no exame de algumas resoluções do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pelas quais, afora outros assuntos, reformulado o conjunto de serventias extrajudiciais daquela unidade federativa. No que interessa especificamente ao presente trabalho, o STF *reafirmou* seu entendimento, a lume mesmo do art. 236 constitucional, de que incidiam na espécie características atinentes à *atuação pública* de tais serventias, não obstante o caráter privado de sua execução.

No desenrolar do julgamento, o ministro Luiz Fux, enfrentando a temática da *delegação* (CF, art. 236), afirmou enfática e muito acertadamente:

[...]

A doutrina de Direito Administrativo é clara ao estabelecer que o próprio titular não pode alterar suas competências, porque essas competências administrativas decorrem de lei.

[*In casu*, da Constituição.]

Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia sublinhou:

[...] serventia não é um *serviço privado*, ou *serviço particular*, e que há 22 anos o constituinte brasileiro decidiu que serão providos por concurso público [...].

Ninguém é dono de serventia e, por isso, a reorganização não importa, em nada, alguém se arvorar em ser o proprietário (grifo nosso).

Indo ainda mais fundo, o ministro Ayres Britto aduziu:

De outra parte, senhor presidente, parece-me certo que os serviços notariais e de registro têm uma ontologia, uma compostura jurídica insimilar, inconfundível, verdadeiramente peculiar, tanto que esses serviços mereceram da Constituição um tratamento em apartado, seja no âmbito do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em dois artigos, seja no âmbito das disposições permanentes.

E já, em outro voto como relator, eu tive oportunidade de falar sobre essa peculiaridade dos serviços notariais e de registro. E com Vossa Excelência mesmo já troquei algumas ideias, convergentemente chegamos à conclusão de que, se não há cargo sem função, há função sem cargo. E os serviços notariais e de registro não se estruturam mediante cargos públicos propriamente ditos, *mas correspondem eles a atividades ou funções de caráter público*, não há dúvida, embora a remuneração não seja auferida senão junto aos usuários das próprias serventias (grifo nosso).

No mesmo sentido se colocou a manifestação do ministro Cezar Peluso:

Agora, em relação aos serviços notariais e de registros, não obstante, como bem observou o Ministro Ayres Britto, com quem eu estou, nisso, de inteiro acordo, não haja *cargos* no sentido estrito do termo, tal como é concebido na estruturação do Estado, não há dúvida alguma de que temos aqui instituto que corresponde àquilo que, no direito administrativo, é definido como *órgão*, isto é, centros de competências instituídos para o desempenho de funções públicas que devem ser exercidas por um ou mais agentes.

O fato de não haver *cargo* não descaracteriza a existência de *função*. Há várias funções públicas a que não corresponde nenhum cargo e, neste caso, temos funções públicas, sem dúvida alguma, que são funções essenciais do Estado — essenciais na concepção atual da Constituição, mas que poderiam não sê-lo noutro quadro constitucional —, e cuja particularidade está simplesmente no fato de que, se o exercício é delegado, pela própria Constituição, a particulares entendidos como tais, eles não se transformam em servidores públicos *stricto sensu*, embora sejam considerados servidores públicos *lato sensu*, para vários efeitos legais.

Por fim, cabe referir que a mencionada relatora da ADI 4.140/GO, ministra Ellen Gracie, além da minúcia e exauriência com que timbrou seu voto, fez uma didática exposição dos precedentes da Corte, uníssonos na tese de inconcussa natureza primariamente pública das atividades cartoriais. Assim, trazidos à colação foram os acórdãos no RE 42.998 (relator o ministro Nelson Hungria, no ano de 1960), na ADI 865 (em 1994, ministro Celso de Mello), na ADI 1.935 (em 2002, ministro Carlos Velloso), na ADI 2.350 (em 2002, ministro Maurício Corrêa) e na ADI 3.773 (em 2009, ministro Menezes Direito).

6 Enfim, não há como tergiversar: a *natureza pública* da atividade cartorial não é afastada pelo fato de seu exercício ter caráter privado. E, assim, afastar a incidência *imperiosa* do princípio da moralidade (e, pois, da vedação ao nepotismo) na designação de substitutos interinos é um contorcionismo hermenêutico inadmissível. O que está em jogo, aqui, não é a Súmula Vinculante 13 do STF, ou a configuração, na atividade cartorial, dos carimbos “Administração Direta”/“Administração Indireta”. Os serviços notariais e de registros *são atividades de ordem pública*, independentemente do caráter privado de seu exercício. E, por assim serem, jungem-se inapelavelmente ao princípio da moralidade.