

INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL

CONSELHO DA MAGISTRATURA

PROCESSO Nº 64/90

Espécie: Recurso Administrativo
Recorrente: Vera Lucia Fontella Marques da Silva
Assunto: Pedido de efetivação como Titular do Cartório da 6ª Circunscrição do Registro Civil das Pessoas Naturais da Comarca da Capital

"Pedido de efetivação em serventia. Aplicação do art. 16, § 3º, do ADCT da Constituição Estadual.

— A matéria de que trata o dispositivo, por sua natureza, há de merecer tratamento através de lei, necessária, pois, a participação do Chefe do Executivo. Jurisprudência pacífica do S.T.F. Inconstitucionalidade formal.

— A dispensa de concurso público viola efetivamente o postulado de sua exigência, previsto na Constituição Federal. A norma da Carta estadual, sobre não encontrar símile na Constituição da República, não permite a participação de outros servidores. Essa discriminação é incompatível com o princípio isonômico, direito fundamental. Inconstitucionalidade material.

— Parecer pelo desprovimento do recurso."

PARECER

1. A Recorrente, Técnico Judiciário Juramentado, postula sua efetivação como Titular do Cartório da 6ª Circunscrição do Registro Civil das Pessoas Naturais da Capital. Alegando que já vem exercendo a condição de responsável pelo expediente, invoca a aplicação do art. 16, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual.

O pedido foi indeferido pelo Exmo. Corregedor (fls. 8), com fundamento em parecer e estudo elaborados por ilustre Juiz-Auxiliar da Corregedoria (fls. 9/11). A servidora, inconformada, recorreu tempestivamente, agora através de ilustrados patronos, apresentando as razões de fls. 12/17. O indeferimento, não obstante, foi mantido (fls. 25). Relatei.

2. Vejamos os termos do art. 16, § 3º, do ADCT da Carta Estadual:

"Art. 16 —
....."

§ 3º — Torna-se efetivo, em caso de vacância, o direito à titularidade dos serviços notariais e de registro, em favor do respectivo substituto, desde que, legalmente investido, tenha ingressado na atividade, há

mais de cinco anos, até a data da promulgação da Constituição Federal."

3. Em virtude da alegação preliminar suscitada pelos nobres patronos da Recorrente, afigura-se necessário tecer breves considerações sobre o tema segundo o qual não poderia a Corregedoria, como órgão administrativo, negar-se ao cumprimento de regra constitucional. Realmente, o assunto foi merecedor de algumas discrepâncias doutrinárias, mas hoje preleva o entendimento de que os órgãos do Poder Executivo não só podem, como devem negar-se a dar cumprimento a dispositivos constitucionais.

Não colheria a objeção de que o Executivo exerce atuação subjacente à lei. Como um dos Poderes integrantes da estrutura política da República (art. 2º da C.F.), cabe-lhe também a missão de guardar a Constituição contra atos e normas que lhe sejam incompatíveis. Acertadas as palavras de *Ronaldo Poletti* a respeito (*Controle da Constitucionalidade das Leis*, 1985, p. 122):

"Todos os poderes da República são guardas da Constituição. O zelo pela intangibilidade do regime não constitui privilégio ou exclusividade do Poder Judiciário; ele apenas diz a última palavra sobre a constitucionalidade das leis."

É o consectário natural da conhecida doutrina de Marshall, de inadmissibilidade de qualquer ato contrário à Constituição. Na verdade, informa ainda o autor (*ob. cit.*, p. 136), o poder conferido ao Executivo já ocorrera desde a célebre questão *Marbury x Madison*, pois que fora aquele Poder o suscitante da inconstitucionalidade junto à Suprema Corte Americana.

A doutrina dominante ampara a ação do Executivo, sendo o pensamento de *Vicente Ráo*, *Frederico Marques*, *Miranda Lima*, *Themístocles Cavalcanti*, *Miguel Reale*. A jurisprudência do S.T.F. já se pronunciou também sobre o tema, citando-se como definitiva a decisão constante da "RTJ" 96/496, com a manifestação de vários Ministros da Corte, como *Moreira Alves*, *Décio Miranda*, *Soares Muñoz* (Representação nº 980/79).

Tem toda a procedência tal posição doutrinária e jurisprudencial. Afinal, se o Executivo, ou a Administração em geral, tivesse que executar norma inconstitucional, estaria, por via transversa, ele mesmo, praticando uma inconstitucionalidade.

Por tais razões, é de ser rejeitada a alegação preliminar da Recorrente.

4. Deve ser registrado que a *quæstio* foi discutida, no presente processo, apenas quanto ao aspecto material do confronto entre o citado art. 16, § 3º, e a Constituição Federal. Nesse sentido, o estudo elaborado pelo douto Juiz-Auxiliar da Corregedoria e as razões recursais, tendo estas reproduzido opinião do ilustrado Prof. *Sérgio Ferraz*. Não obstante, antes de adentrar tal campo, mister se faz examinar o confronto do dispositivo *sob o ângulo formal*.

5. E, ao exame de tal enfoque, outra não pode ser a conclusão de que a matéria de que trata o dispositivo da Carta estadual *haveria de ser disciplinada por lei*. Daí a sua inconstitucionalidade.

De fato, se a uma determinada matéria se reserva o tratamento através de lei — considerada esta um ato complexo com a participação do Legislativo e do Executivo — não pode esse tratamento ser substituído pela só disciplina constitucional no Estado, e logicamente porque a Assembléia Constituinte Estadual só conta com a manifestação de vontade do Poder Legislativo.

Note-se que o Poder Constituinte Estadual é decorrente, vale dizer, é subordinado, derivado e condicionado. Por isso, observa, com razão e acerto, *Manoel Gonçalves Ferreira Filho* que "como o Poder Constituinte instituído, o poder decorrente é subordinado, secundário e condicionado. Só pode agir validamente no âmbito fixado pelo originário. Este fixa princípios explícitos e implícitos e mesmo regras acabadas que devem ser por ele respeitados." (*Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed., p. 27.)

Conclui-se, portanto, que se a Constituição do Estado não observa os parâmetros da Constituição Federal, torna-se ela, nessa parte, inconstitucional.

6. Sob esse aspecto, a inconstitucionalidade do art. 16, § 3º, do ADCT da Constituição do Estado ressaí de qualquer dos caminhos por onde se possa trilhar. Confere ele aos substitutos o direito à efetivação como Titulares dos cartórios notariais e de registro, desde que a investidura na atividade se tenha dado há mais de cinco anos; tenha sido legítima; e o período de cinco anos já se tenha completado até a data da promulgação da Constituição Federal. Esses os elementos básicos do dispositivo.

Por três aspectos se pode constatar a inconstitucionalidade, como se verá a seguir.

7. Em primeiro lugar, a norma trata de matéria relativa a servidores públicos. Ainda que a Constituição Federal tenha considerado os serviços notariais e de registro como serviço privado, prestado por delegação do Poder Público, o certo é que tanto os Titulares, como os Substitutos, são servidores públicos *lato sensu*, eis que não totalmente desvinculados do Poder Público. Desse modo, a norma do art. 236, *caput*, há de ser interpretada em consonância com seu parágrafo primeiro, segundo o qual compete ao Judiciário a fiscalização de suas atividades.

Ora, dispõe o art. 61, § 1º, II, c, da Constituição Federal:

"Art. 61 —

§ 1º — São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I —

II — disponham sobre:

.....

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade;"

A norma não é nova. Reproduz o art. 57, da Constituição de 67 com a Emenda 1/69. Confere ao Chefe do Executivo a iniciativa das leis que disponham sobre regime jurídico de servidores públicos. A Constituição Estadual, observando o parâmetro federal, repete a regra no art. 112, § 1º, II, b.

Do mandamento surgem duas conclusões a respeito da questão. A primeira consiste no poder de deflagração do processo legislativo atribuído ao Chefe do Executi-

vo. A segunda reside na circunstância de que tais matérias são reservadas à lei, o que impõe a necessária participação do Executivo.

O direito previsto no art. 16, § 3º, da C.F., se situa no âmbito do "regime jurídico" de servidores. Não poderia, destarte, ser tratado pela Constituinte Estadual, mas sim ser objeto de lei da iniciativa do Chefe do Executivo.

A Constituição Federal não instituiu qualquer norma com a qual pudesse guardar consonância o excepcional conteúdo do art. 16, § 3º da Carta Estadual. Sendo assim, não poderia esta alijar simplesmente o Chefe do Executivo em matéria que a Carta Federal trata como de sua iniciativa exclusiva. Fazendo-o, arroga-se um poder constituinte originário, o qual, como visto, só é atribuído à Constituição Federal.

8. Poder-se-á, porém, objetar que os Titulares de Cartório, bem como seus Substitutos, não seriam propriamente "servidores públicos", estes mais de perto considerados os que mantêm vínculo jurídico empregatício, estatutário, celetista ou especial, com o Poder Público. Não se pode deixar de reconhecer que a matéria poderia ser alçada ao plano das divergências.

O que não se pode negar, por indiscutível, é que, mesmo exercido sob o regime privado por delegação do Poder Público (art. 236, C.F.), as atividades exercidas por cartórios notariais e de registro se caracterizam como verdadeiro serviço público.

Disso não destoam os autores. A respeito, *Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 1989, p. 54)* considera *agentes delegados* os titulares de cartórios não estatizados. Mas, ao fixar-lhes o perfil, assinala o festejado autor:

"Agentes delegados são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante" (grifamos.)

No mesmo sentido, *Sergio de Andréa Ferreira (Direito Administrativo Didático, 1979, p. 144)*, considerando tais agentes como "pessoas físicas que cooperam autonomamente com a Administração Pública", e, pois, exercentes de função pública.

Sobre ter-se que considerar como serviços públicos as atividades desempenhadas pelos cartórios notariais e de registro (e aqui a expressão "serviço público" é utilizada em seu sentido *objetivo* para significar a atividade em si mesma), não se pode perder de vista que tais cartórios são núcleos orgânicos de prestação de serviço e atuam com o influxo de uma estrutura própria mais ou menos autônoma. Por isso, pode-se considerar tais núcleos como "serviços públicos" também no sentido *subjetivo*, porquanto se lhes atribui o poder jurídico de adquirir direitos e contrair obrigações.

Ora, tal fato está a indicar que nesse sentido os referidos cartórios são, subjetivamente, "serviços públicos" integrantes da organização judiciária. É inquestionável a inserção dos cartórios no Poder Judiciário, ainda que atuem sob a égide do regime privado por delegação do Poder Público. A interpretação lógica do art. 236, § 1º, da C.F., conduz a tal postura:

"Art. 236 —
§ 1º — Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil

e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário."

Note-se que a Constituição previu a lei para delinear o perfil jurídico de alguns aspectos das atividades dos notários e oficiais de registro. Mas já indicou de antemão (e isso a lei regulamentadora não poderá contrariar) que o Poder de controle será o Judiciário. Só isso já está a demonstrar que esses cartórios fazem parte da organização judiciária de cada Estado.

Pois bem. O mesmo art. 61, § 1º, II, c, da C.F. estabelece como sendo de iniciativa privativa do Chefe do Executivo as leis que disponham sobre regime jurídico dos servidores públicos, e por isso já se disse que o tratamento deveria ocorrer através de lei.

Mas o fato de serem os cartórios em pauta serviços administrativos, mesmo que integrantes do Poder Judiciário, sendo, pois, serviços auxiliares deste Poder, *só confirma que a matéria estaria a exigir disciplina por lei.*

Dispõe o art. 48 da C.F.:

"Art. 48 — Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

.....
XI — criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da Administração Pública;"

Como se trata de serviço integrante do Poder Judiciário, ressaltou a Constituição no art. 96, II, b:

"Art. 96 — Compete privativamente:

.....
II — ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

.....
b) a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juizes, inclusive dos Tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados;

.....
d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;"

A interpretação conjugada leva à conclusão de que a matéria há de ser tratada por lei de iniciativa do Poder Judiciário. Aliás, nem se justificaria disciplinar regime jurídico de serviços públicos sem a participação do Executivo. Assim, o art. 16, § 3º, do ADCT passou a guardar incompatibilidade com a Carta Maior, sendo, pois, *formal* a inconstitucionalidade.

O Pretório Excelso já se manifestou mais de uma vez sobre a questão. Na Representação nº 1.318-SP, Relator o *Min. Carlos Madeira* ("RDA" 169/60), ficou assentado:

*"Emenda à constituição estadual que edite preceitos somente produ-
zíveis por via da legislação ordinária, mediante a iniciativa do Poder
Executivo, contraria norma constitucional orgânica inafastável na elab-
oração legislativa. Não pode o poder de emenda do Legislativo esta-
dual superar a exclusividade conferida, ao Poder Executivo, relativa-
mente à iniciativa de leis que versam as matérias previstas no art. 57
da Constituição Federal."*

Embora a decisão se refira à *emenda*, tem inteira aplicação *in casu*, pois que se trata do indevido exercício do poder constituinte decorrente. Daí a inconstitucionalidade do dispositivo.

9. Mas não só formal é a inconstitucionalidade do art. 16, § 3º, do ADCT, mas também material, eis que viola também norma de conteúdo da Constituição Federal.

10. Em estudo bem elaborado pelo douto Juiz-Auxiliar da Corregedoria, sobre vários artigos da Constituição Estadual, foi o art. 16, § 3º, considerado inconstitucional por violar os arts. 37, II e 236, § 3º da C.F. A Recorrente, porém, transcreve trecho de parecer firmado pelo ilustre Prof. *Sérgio Ferraz*, no qual o douto parecerista discrepa do entendimento esposado pela Corregedoria, afirmando inexistir choque entre o dispositivo estadual e estes últimos da Constituição Federal.

Em que pese o respeito que nos merece o grande professor, lamentamos sentir de seu pensamento.

O art. 37, II, da CF, estabelece que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração."

Objeta o ilustrado parecerista que se trata de norma geral, não aplicável ao caso relativo a cartórios notariais e de registro. Se é verdadeira a premissa, não menos verdadeira é a intenção do Constituinte ao tratar também do instituto do concurso quando se refere àqueles cartórios. Assim é que dispõe o art. 236, § 3º, da C.F.:

"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."

A norma é clara e nela está estampado fielmente o desiderato do Constituinte. Sem embargo do caráter privado delegado dessas serventias, não deixou a lei constitucional de exigir a realização de concurso para ingresso na atividade, nem de impedir que a titularidade se transforme numa substituição por tempo ilimitado, por isso que fixado o prazo de seis meses para proceder-se ao concurso de provimento ou remoção.

Objeta o já referido parecer que a norma exige o concurso para o "ingresso", mas não para seus sucessivos cargos ou empregos. Ousamos, ainda uma vez, divergir. Em primeiro lugar, a Constituição denunciou a notória preocupação de evitar o

nepotismo, impondo, em mais de uma passagem, a realização de concurso público. Tão grande foi essa preocupação, que a exigência foi feita até mesmo para o ingresso em atividade considerada pela própria Carta como de exercício delegado, de caráter privado (art. 236, *caput*).

Desse modo, haveria de perguntar-se por que razão a substituição da titularidade cartorária, bastando cinco anos na atividade (note-se que não são cinco anos *como substituto*, requisito que constava do art. 208, da anterior Constituição), traria a presunção de que esse servidor seria o mais capaz, para o fim de lhe ser assegurado o direito à efetivação.

Demais disso, e uma vez instituída a inovação no regime dessas serventias, não pode ser esse dispositivo auto-aplicável, impondo-se a edição de lei que regule também as formas de provimento derivado nos cartórios. Logicamente, se há exigência para o ingresso na atividade, deverá a lei prever formas próprias para a movimentação interna dos servidores.

O concurso é hoje exigido para qualquer investidura (art. 37, II, C.F.). Esse é o espírito da Constituição, do qual não nos podemos abstrair. A incompatibilidade da norma com a Constituição não se dá apenas no confronto com os mandamentos expressos, mas também com os princípios que ressaem implicitamente do conteúdo normativo constitucional. Vale aqui relembra as precisas palavras de *Ronaldo Poletti* (*ob. cit.*, p. 171):

"Uma Constituição não é apenas a sua letra, o seu texto literal, mas também os princípios que a informaram e que sob certa forma permanecem n seu corpo. É inconstitucional a lei violadora da Constituição, quer ela disponha contrariamente à letra, quer ela fira o espírito constitucional, presente nos princípios deduzíveis da expressão de seus dispositivos." (grifamos.)

O Supremo Tribunal Federal em mais de uma ocasião assumiu essa posição, assentando que mais importante que a letra constitucional é a observância dos princípios que a nortearam, porque estes é que traduzem realmente o poder político construtor do instrumento jurídico constitucional. Esse pensamento está expresso em decisões do Pretório Excelso ("RTJ" 102/405; "RTJ" 79/67), *apud Ronaldo Poletti* (*ob. cit.*, p. 174).

Portanto, o art. 16, § 3º do ADCT da Carta Estadual, da forma com que foi editado, ofende o princípio constitucional da exigência do concurso público, pois que dispensa de sua aprovação servidores que, tendo cinco anos de atividade notarial ou de registro, tenham assumido a substituição. Trata-se evidentemente de forma de provimento sem concurso público.

Essa a primeira inconstitucionalidade, agora sob o ângulo *material*.

11. Não é só, porém. A norma em tela se afigura discriminatória e ofende o princípio da isonomia funcional. O só fato de ser destinatário o servidor substituto demonstra que nenhuma oportunidade está sendo conferida aos demais servidores cartorários, alguns com muito mais tempo de serventia do que o substituto.

A substituição é fenômeno transitório, ocasional, ainda que calcado em relação de confiança. Mas não parece ser suficiente para conferir ao substituto uma vantagem permanente em relação aos demais.

O sistema do mérito, baseado no concurso público, visa exatamente a evitar essa discriminação, totalmente injusta para outros servidores também dedicados à causa pública.

Irretocável o ensinamento de *José Afonso da Silva*, de que não se confunde a isonomia formal com a material, sendo de exigir-se do intérprete o real intuito do Constituinte para alcançar a justiça social, a identidade entre pessoas com idêntica situação, a não-discriminação, etc. (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1989, pp. 190/191.)

A igualdade prevista no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, há de traduzir uma igualdade para os que ostentem a mesma posição jurídica. Qualquer discriminação, portanto, não poderá ter a chancela constitucional.

Vale aqui trazer as observações ainda de *José Afonso da Silva* (*ob. cit.*, p. 202):

"São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional.

Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque fere o princípio da isonomia."

Não basta, portanto, apenas asseverar a igualdade sob o aspecto formal. Cumpre concebê-la sob o aspecto material, reconhecendo na dinâmica social as situações que merecem tratamento indiscriminado.

12. O certo é que, sem a discriminação prevista na Constituição Federal (inexiste nesta o direito instituído pela Constituição Estadual), não pode ter legitimidade o tratamento diferenciado constante do art. 16, § 3º, do ADCT. Por todo o conjunto normativo, verifica-se ter sido ofendido o princípio da isonomia, especificamente sob o ângulo do princípio de mérito, que exige a realização de concurso público. A inconstitucionalidade, aqui, é de caráter *material*.

13. Por todo o exposto, é o parecer no sentido de *ser negado provimento* ao recurso.

Rio de Janeiro, 09 de março de 1990.

José dos Santos Carvalho Filho
Promotor de Justiça
Assistente

De acordo.

Homero das Neves Freitas
Assessor

Aprovo.

Carlos Antonio Navega
Procurador-Geral de Justiça