



Conselho Nacional de Justiça

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS Nº 200910000000060

RELATOR : CONSELHEIRO RUI STOCO
REQUERENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO
REQUERIDO : CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
ASSUNTO : MINISTÉRIO PÚBLICO – MATO GROSSO – OFÍCIO 2543/2008/GAB/PGJ – NOMEAÇÃO – ESCREVENTES AUXILIARES – SERVENTIA EXTRAJUDICIAL – NATUREZA JURÍDICA – FUNÇÃO PÚBLICA – OCORRÊNCIA – NEPOTISMO – ART. 20 – LEI 8935/94 – RESOLUÇÃO 7/CNJ – RESOLUÇÃO 20/CNJ – SÚMULA VINCULANTE 13/STF – EXISTÊNCIA – REPERCUSSÃO GERAL

JUSTIFICATIVA DE VOTO CONVERGENTE DO **CONSELHEIRO MINISTRO JOÃO ORESTE DALAZEN**

Trata-se de Pedido de Providências em que o Ministério Público de Mato Grosso pleiteia que se declare, “ante a incidência da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça, e da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, **proibida** a prática de nepotismo em todos os órgãos e serviços notariais e registrais do Brasil, vedando-se expressamente a **nomeação** (sic) de parentes dos titulares dos serviços notariais para o cargos previstos no art. 20 da Lei nº 8935/94”.

Penso que cumpre perquirir, preliminarmente, como condição necessária ao equacionamento da questão, qual o **regime jurídico** a que estão submetidas as serventias extrajudiciais no direito positivo brasileiro.

Como se recorda, o art. 236 da Constituição Federal dispõe:

“Art. 236. Os serviços notariais e de registro **são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.**”

§ 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.**

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 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.” *(grifo nosso)*

Extraí-se inequivocamente do preceito constitucional em apreço que o titular de serventia extrajudicial exerce os serviços notariais e registrais em **caráter privado**, mediante **delegação** do Poder Judiciário e **sob a fiscalização** deste.

Daí que o titular de serventia extrajudicial, precisamente porque não integra a Administração direta ou indireta do Estado, conquanto exerçam atividade estatal, em rigor técnico não é e nem se equipara a **servidor público**. Tanto que o Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal assentou que não é alcançado pela aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade, a que alude o artigo 40 da Constituição Federal.

Eis a ementa do apontado acórdão:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **NOTÁRIOS E REGISTRADORES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INAPLICABILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE.** 1. O artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios --- incluídas as autarquias e fundações. **2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público --- serviço público não-privativo. 3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 ---**

aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.”

(STF, Tribunal Pleno, ADI 2.602/MG, Relator p/ Acórdão Ministro Eros Grau, j. 24/11/2005)

É clássica a doutrina brasileira, de outro lado, mesmo antes de sobrevir o atual art. 236 da Constituição Federal, em reputar os titulares de serventia extrajudicial como “**agentes delegados**”, que atuam em colaboração ao Poder Público. Por todos, ensinava o saudoso HELY LOPES MEIRELLES:

“Agentes delegados são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e a realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nesta categoria se encontram os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de escritórios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, e demais pessoas que recebem delegação para a prática de atividade estatal ou de serviço de interesse coletivo.” (*Direito Administrativo Brasileiro, Ed. RT, 6ª ed., 1978, pags. 60-61; grifo nosso*)

A meu sentir, o desempenho das atividades notariais e registrais no direito positivo brasileiro dá-se sob um **regime jurídico híbrido**: a) de um lado, **de direito público**, no que tange aos vínculos do delegatário com o Estado pela inquestionável prestação de **típica atividade estatal**, exatamente porque exercida mediante delegação e sob permanente controle do Estado; b) sob outro prisma, há um **regime jurídico privado** no que concerne à organização e à gerência da serventia.

Com efeito. A atividade desempenhada pelos notários e registradores, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.935/1994, consiste em “*garantir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos*” o que revela o caráter eminentemente público do serviço delegado.

É, portanto, da **natureza pública** dos serviços prestados pelos notários e registradores, mediante

delegação, que decorre o poder fiscalizatório exercido pelo Poder Judiciário — inclusive pelo Conselho Nacional de Justiça — sobre os atos notariais e de registro.

Isso explica, por exemplo: **(1)** a necessidade de prévia aprovação em concurso público para a delegação do serviço; **(2)** a fixação da tabela de emolumentos pelo Poder Judiciário; **(3)** a possibilidade de responsabilização civil, disciplinar e criminal pelos atos notariais e registrais, etc.

Trata-se de algumas das inúmeras regras de **ordem pública** explicitadas na Lei nº 8935/94 e que visam a resguardar a rapidez, a atualidade, a universalidade, a qualidade e a eficiência na prestação de atividade pública **delegada ao particular**.

Entendo que o controle do Estado sobre as serventias extrajudiciais cinge-se às atividades relacionadas à prestação do serviço delegado, isto é, concerne ao delegatário enquanto exercente da delegação de serviço público.

Nesse campo, bem se compreende que o Enunciado Administrativo nº 1/2006, letra "O", do CNJ haja estendido a proibição de nepotismo "às **nomeações**" de pessoas não concursadas para as serventias extrajudiciais. Cuida-se, afinal, de impedir que o **próprio delegatário interino nomeado**, enquanto perdurar a vacância, guarde parentesco com autoridades judiciárias. Natural, em do princípio da moralidade administrativa, que haja proibição dirigida às autoridades judiciárias de nomear seus próprios parentes para responder interinamente pela serventia, em caso de vacância.

Nessa mesma perspectiva, bem se compreende igualmente a Resolução nº 20/2006 do CNJ, no que, também em nome da proscrição do nepotismo, veda ao delegatário

extrajudicial a **contratação** de parente de magistrado incumbido da atividade de corregedoria dos respectivos serviços de notas e de registro, estendendo tal proibição aos parentes de Desembargador do Tribunal de Justiça em que "desempenhado o respectivo serviço notarial ou de registros". Justifica-se semelhante proibição porque se insere na órbita do acenado regime de direito público que vincula o delegatário ao Estado, em que se impõe sobrepairar o princípio da moralidade administrativa inscrito no art. 37 da Constituição Federal.

Não se pode olvidar, contudo, insista-se, que o art. 236, *caput*, da Constituição Federal atribuiu **natureza privada** ao gerenciamento administrativo e financeiro das serventias.

Efetivamente, ao regulamentar o mencionado mandamento constitucional, a Lei nº 8.935/1994 estatuiu:

"Art. 21. O **gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal**, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos **de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços.**

[...]

Art. 41. Incumbe aos notários e aos oficiais de registro praticar, independentemente de autorização, todos os atos previstos em lei necessários à organização e execução dos serviços, podendo, ainda, adotar sistemas de computação, microfilmagem, disco ótico e outros meios de reprodução." (*grifo nosso*)

É de clareza solar que esses preceitos legais, conjugados com o "caput" do art. 236 da Carta Magna, revelam a outra faceta da atuação dos delegatários: são **também** gestores de atividade privada para a consecução de uma atividade estatal delegada.

Como se vê, o sistema normativo vigente atribui ao titular de serventia extrajudicial a prerrogativa de **organizar e gerir** os serviços administrativos da serventia

segundo critérios próprios de conveniência e oportunidade. Logo, os encargos decorrentes da gestão do negócio cartorial são do respectivo titular, razão por que lhe cabem, segundo a lei, a receita e o prejuízo oriundos da execução do serviço delegado.

Assim, embora se atribua ao Poder Judiciário o poder/dever de controle da qualidade e da regularidade dos serviços notariais e de registro, enquanto no desempenho estrito do serviço público delegado, compete ao notário ou registrador traçar as **estratégias gerenciais** com que pretende alcançar melhores níveis de excelência na prestação do serviço.

O gerenciamento administrativo de que dispõe o delegatário transparece, em primeiro lugar, na liberdade de gestão sobre as **receitas** derivadas dos emolumentos, em especial nas compras de bens e serviços.

Ninguém ignora que a receita financeira decorrente dos emolumentos cobrados pelas serventias extrajudiciais **não compõe o orçamento do Poder Judiciário** e sua alocação **não sofre fiscalização do Tribunal de Contas**. Sob essa ótica, é resultado particular da gestão do delegatário à testa da serventia, como sucede, de forma análoga, com o empresário que se situe à frente de qualquer empresa.

No mesmo sentido, as obras, serviços, compras, alienações e locações realizadas pelas serventias extrajudiciais **não se submetem ao regime de licitações e contratos administrativos** instituído pela Lei nº 8.666/1993.

Em segundo lugar, o gerenciamento administrativo cometido ao delegatário traduz-se na liberdade de **contratação** dos empregados com que precise contar para levar a cabo a delegação.

Como se sabe, o art. 20 da Lei nº 8.935/1994 assegura ao delegatário, igualmente, **ampla liberdade de**

contratação dos empregados que o auxiliarão no desempenho de suas funções:

“Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho.” (*grifo nosso*)

Transparece, pois, do apontado arcabouço normativo o aspecto que já se assinalou e em que ora se insiste: o delegatário submete-se a um regime jurídico **híbrido**, tal como sucede correlatamente com as empresas estatais e permissionários e concessionários de serviço público.

É forçoso convir que esses “**agentes delegados**” praticam atos de natureza **bifronte**: ora sob o regime de direito público, marcadamente passível de fiscalização e controle do Estado, ora sob a égide de normas que compõem um regime de direito privado, no que estão inteiramente à margem da interferência estatal.

Nesse diapasão, afigura-se-me absolutamente imprópria e ilegal, *data venia*, qualquer intromissão do Estado para tolher o delegatário na liberdade de firmar contrato de trabalho com quem eleger e achar por bem.

Imprópria porque traduziria ingerência pública num regime que, sob o prisma gerencial e organizacional, iniludivelmente é de natureza privada.

Ilegal porque não apenas refoge e exorbita inteiramente à competência do CNJ, delineada no art. 103-B, § 4º da Constituição Federal, mas também porque afrontaria a liberdade que a lei conferiu ao delegatário de escolher e contratar no regime jurídico celetista os auxiliares que o secundarão no desempenho da atividade administrativa delegada.

Ora, não há lei que vede ao empregador, qualquer empregador, enquanto tal, celebrar contrato de trabalho com pessoa a que esteja unido por laços de parentesco.

Tampouco me parece que deva causar "frisson" ou perplexidade, sob o prisma da moralidade, semelhante liberdade de **contratação**, ainda que promovida por delegatários de serventia extrajudicial.

Sobreleva assinalar que a situação em apreço não guarda qualquer identidade com os casos de nepotismo coibidos pela Resolução nº 07/2005 do CNJ e Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal.

Como se recorda, a Resolução nº 07/2005 do CNJ proíbe o nepotismo no âmbito dos **órgãos do Poder Judiciário**.

Ao abraçar a aludida Resolução, o Conselho Nacional de Justiça objetivou extirpar do Poder Judiciário nacional a designação de parentes **não** concursados para o desempenho de **cargo em comissão** ou **função comissionada**.

Por sua vez, o Excelso **Supremo Tribunal Federal**, no julgamento da ADC nº 12 MC/DF, reconheceu a constitucionalidade da Resolução CNJ nº 07/2005 e ampliou a vedação da prática de nepotismo para os demais Poderes da República, nos termos da **Súmula Vinculante nº 13**, do seguinte teor:

"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."

A hipótese vertente, no entanto, nem de longe exhibe o mesmo substrato fático a autorizar a adoção da mesma solução.

Primeiro, não se cogita de uma vedação dirigida a órgãos do Poder Judiciário, pois indubitoso que as serventias **não** integram a estrutura orgânica do Poder Judiciário a que alude o art. 92 da Constituição Federal.

Não compõem a estrutura administrativa do Estado brasileiro, limitando-se à prestação de serviço público em **regime de delegação**. São órgãos extrajudiciais que apenas se sujeitam ao controle e fiscalização do **Poder Judiciário**. Assim, situando-se os cartórios fora do aparelho do Estado, não pode o CNJ invadir o campo da autonomia privada reservado pelo sistema jurídico aos notários e registradores, de forma a restringir o elenco de pessoas que podem firmar contrato de trabalho com o titular de serventia extrajudicial.

Segundo, o caso sob exame **não** é de **nomeação**: é de contratação e contratação não para o desempenho de um cargo (muito menos em comissão ou função comissionada) na acepção do Direito Administrativo, mas para um emprego, puro e simples.

Mais que tais diferenças aparentemente apenas formais, sobretudo **não** concorrem na espécie as razões **essenciais** que ditaram a proibição do nepotismo na Administração Pública.

Impende lembrar que a Resolução CNJ nº 07/2005 inseriu-se em um cenário de superação do modelo patrimonialista de organização da Administração Pública em direção ao modelo burocrático webberiano, a fim de que prevaleçam o mérito e a impessoalidade nos processos de seleção dos **servidores públicos**.

Sumariamente, como sabemos, a proibição do nepotismo deveu-se à preeminência dos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da impessoalidade, bem como à observância da norma constitucional democrática e republicana do acesso aos cargos públicos da administração mediante prévia aprovação em concurso.

Considerou-se, acertadamente, que é inaceitável o agente público proporcionar função pública a uma pessoa que tenha, com o nomeante, laços de parentesco, transpondo para

dentro de um **órgão público** um padrão doméstico de relações, **tudo às expensas do Estado e mediante vínculo jurídico com o Estado.**

Sejamos claros: no cerne da proibição do nepotismo está a idéia de favorecimento a parentes no acesso a cargos ou funções públicas e, portanto, suportados pelo erário.

Indago: é esta a situação ora sob exame?

Manifesto que não.

Aqui **não** estamos falando de um **agente público**, que imoralmente estabelece uma relação de promiscuidade entre o público e o privado, buscando tirar proveito do Estado. Estamos falando de um particular, pessoa natural e profissional do Direito que, despojando-se da qualidade jurídica de agente delegado do Estado e agindo como mero empregador, admite e assalaria outrem, ainda que parente, **às suas expensas** e **sem** vínculo algum com o Estado. Obviamente, as pessoas contratadas não serão servidoras públicas — qualidade, de resto, que o próprio delegatário não ostenta —, mas simples empregadas do delegatário.

Vê-se que não está em jogo dinheiro público, tampouco provimento de cargo público, tampouco vínculo jurídico algum com o Estado. Tampouco há tecnicamente cargos em comissão ou de confiança no âmbito das serventias.

Mais ainda: segundo o art. 22 da Lei nº 8745/94, cabe aos notários e oficiais de registro, e não ao Estado, responder pelos **danos** que tais empregados eventualmente causem a terceiros.

A que título, então, justificar-se-ia uma interferência do CNJ para ditar ao delegatário que ele **não** pode firmar contrato de trabalho com parentes?

Qual o bem ou valor de interesse **público** a tutelar, com a acenada interferência, numa relação jurídica

eminentemente privada, sob o ângulo do gerenciamento e organização do cartório?

Se o caso sob exame traduz nepotismo, a alguém acudirá que essa mesmíssima lógica aplicar-se-ia aos permissionários e concessionários de serviço público, cuja posição jurídica é similar à dos delegatários?

A vingar essa mesma lógica, por que não estender o teto salarial aos empregados dos cartórios?

Com todo o respeito, reconhecer nepotismo na espécie traduziria um grande e lastimável equívoco.

Além do equívoco, seria uma gritante demasia e tudo o que é demais é demasiado.

Afinal, a prevalecer semelhante diretriz estaríamos intervindo nitidamente em uma atividade **privada** e de legítimos fins lucrativos para cercear a liberdade de contratar onde não há vedação legal ou constitucional alguma.

No tocante ao argumento suscitado pelo ilustre Conselheiro Joaquim Falcão de que *"a questão não é de Direito, mas de se determinar a política de recursos humanos que melhor atende ao princípio da moralidade e eficiência de um servidor público"*, reputo-o incompatível, *data maxima venia*, com o regime jurídico das serventias extrajudiciais.

Com efeito, a definição de determinada **política** pressupõe **competência** para tal, sendo certo que a Constituição Federal e a Lei nº 8.935/1994 reservaram ao titular da serventia a prerrogativa de elaborar a respectiva política de recursos humanos, respeitadas as normas da CLT.

Por fim, o Conselho Nacional de Justiça não pode desconsiderar as desastrosas **consequências sociais** de eventual reconhecimento de nepotismo nas relações entre notários/registradores e os respectivos empregados.

De um lado, não se pode ignorar que a contratação de familiares pelo titular de cartório representa mecanismo imprescindível de manutenção de serventias extrajudiciais que ostentam **pouca rentabilidade** — em especial as relacionadas aos registros civis de pessoas naturais localizadas em pequenos municípios do País —, sob pena de inviabilizarem-se.

De outro lado, virtual proibição nesse sentido simplesmente constituiria um patente estímulo à informalidade, já que ninguém pode privar o delegatário de lançar mão da receita arrecadada como bem lhe aprouver, inclusive para "doação" aos seus familiares.

Ante o exposto, em conclusão, **data venia** da douda divergência, **acompanho o não menos douto voto** do eminente Relator, Conselheiro Rui Stoco, para responder negativamente à consulta, no sentido de que **não** configura nepotismo a contratação de parentes pelo titular de serventia extrajudicial para trabalhar como empregados do respectivo cartório.

É como voto.

Brasília-DF, 9 de junho de 2009.



Ministro JOÃO ORESTE DALAZEN
Conselheiro Vistor