ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA — PROVIMENTO DE CARTÓRIOS — INCONSTITUCIONALIDADE

— O dispositivo legal visando a beneficiar determinado serventuário, em detrimento de outros, quanto ao provimento de ofícios de justiça, é inconstitucional.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nardi Ferreira *versus* Estado de São Paulo.

Recurso de mandado de segurança n.º 16.912 — Relator: Sr. Ministro Djaci Falcão

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, dar provimento em parte, para julgar inconstitucional o parágrafo único do art. 126 da Lei paulista n.º 8.101, de 16 de abril de 1964.

Brasília, 31 de agôsto de 1967. — *Luís Gallotti, Presidente.* — *Djaci Falcão,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Djaci Falcão — Em mandado de segurança impetrado por Nardi Ferreira contra ato administrativo do Exmo. Senhor Governador do Estado de São Paulo, assim decidiu o egrégio Tribunal de Justiça:

"Acordam, em Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça, pelo voto de desempate do Sr. Desembargador Presidente da sessão, rejeitar a argüição de inconstitucionalidade do art. 126 e seu parágrafo único, da Lei n.º 8.161, de 16-4-64, e denegar a segurança, no mérito, contra os votos dos Desembargadores Relator e Pereira Lima; e, por votação unânime, declarar irrelevante preliminar suscitada pelo impetrado.

1. Havendo a Lei n.º 8.101, em seu artigo 126, criado, como serventia autônoma, o Cartório do Registro de Imóveis e Anexos na comarca de Susano, e determinado, em seu parágrafo único, a prioridade absoluta de opção ao atual Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais do distrito da sede, para compensá-lo da perda do anexo de tabelionato, impetrou Nardi Ferreira esta segurança, contra ato do Sr. Governador do Estado, que, apesar de ter vetado o dispositivo em exame, "por conter providências de caráter estritamente privado", não vacilou em prover na aludida serventia o beneficiário, José Maria de Sousa Coutinho.

A impetração dêste *writ* se baseia na inconstitucionalidade do art. 126 e de seu parágrafo único, cujo reconhecimento resultará na ineficácia do ato de provimento.

Para o impetrante, a opção está viciada por uma falsa causa, pois a compensação representa um *bis in idem,* visto que o beneficiado já havia recebido compensação, consistente, nos têrmos do art. 23, parágrafo único da própria Lei n.º 5.285, de 1959, que criou a comarca de Susano, com a atribuição dos anexos de distribuidor, contador e partidor, e não optara, naquela emergência, para ofícios de notas da mesma classe de outras comarcas. A opção conferida pelo art. 126 e seu parágrafo violou, frontalmente, o princípio da igualdade de todos perante a lei, criando a lei uma serventia com dono certo.

2. Não obstante o veto, não titubeou o ilustre Chefe do Executivo estadual em prover o Oficial de Registro das Pessoas Naturais na nova serventia, pois não considerou a opção inconstitucional, mas sòmente imoral. Argumenta-se, primeiramente, que a lei é concebida como uma regra geral, não devendo um indivíduo apenas, ou um grupo de pessoas. Mas, como assinala Giorgio Del Vecchio, essa característica não é absoluta ou essencial, pois casos há em que a lei possa cogitar de uma certa relação individual.

Daí, e com tôda razão, haver declarado o ilustre impetrado que nenhuma inconstitucionalidade se poderia vislumbrar na espécie dos autos, devendo-se enxergar, quando muito, um caso de imoralidade.

3. Por outro lado, não parece reger o princípio da isonomia o provimento das serventias, a não ser quando se impeça, por motivos pessoais e inaceitáveis, concorra a êle determinada pessoa. Tem-se observado, como regra, nos primeiros provimentos de serventias, a livre escolha feita pelo Executivo, e, no caso, essa prerrogativa foi exercida pelo Legislativo, com a disfarçada anuência do Executivo.

4. Acresce que sequer, a pretexto de se dar ao beneficiado uma compensação, pode constituir injustiça, por ter havido anterior compensação, em parte não aproveitada pelo beneficiado. Isto mesmo reconheceu o doutor Advogado Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria da Justiça, em parecer que consta dos autos.

Como observa o interveniente, por seu douto patrono, o impetrado, não obstante o veto, sem base em inconstitucionalidade, nomeou o indicado, apesar de seu então ilustre Secretário da Justiça, Prof. Miguel Reale, líder indiscutível da corrente que sustenta caber ao Poder Executivo negar cumprimento à lei sempre que considerá-la inconstitucional. É que o dispositivo impugnado procurou corrigir injustiça feita por lei anterior, hipótese em que não pode assumir caráter de generalidade, "porque nela se contém, como substância, corrigir o êrro em relação a *determinado* ou *determinados* serventuários" (fls. 71).

5. A prova de que não se vem observando o regime cartorário estabelecido pela Lei n.º 5.285, de 1959, se encontra na mensagem encaminhada pelo Presidente do Poder Judiciário à Assembléia Legislativa, propondo a alteração da Lei n.º 8.101, a fim de se restabelecer êsse regime, sem que, entretanto, houvesse sugerido mesmo a modificação ou revogação do art. 126 e de seu parágrafo único. Como ficou anotado, essa mensagem indicou razões de conveniência, e não de legalidade.

6. A divisão e a organização judiciárias sofreram alterações por proposta do Tribunal de Justiça, e o Legislativo lhe apresentou algumas emendas, que vingaram. Entre elas, a da criação da serventia a que alude o art. 126 da Lei n.º 8.101. Não houve, conseqüentemente, qualquer violação da regra do art. 124, inc. I, da Constituição federal.

7. Há que notar ainda que o impetrante, por meio de mandado de segurança, já se beneficiou com o seu provimento no Primeiro Ofício de Notas e Anexos daquela comarca.

8. O dispositivo em foco poderá ser havido como imoral, mas não apresenta o vício de inconstitucionalidade, que lhe querem atribuir. Não se invalidando por êsse defeito, subsiste nomeação feita pelo Executivo, pelo que também fica denegada a segurança.

São Paulo, 9 de outubro de 1964" (fôlhas 118-120-.

O Exmo. Sr. Des. Batalha de Camargo acolhendo em parte a argumentação do impetrante reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 126 da Lei número 8.101, e 16-4-64, por afrontar o artigo 141, § 1.º, a Constituição federal de 1946, e o art. 93, letra *g*, a Constituição estadual. Também ficou vencido o Exmo. Senhor Desembargador Pereira Lima, que entendeu positivado o vício de inconstitucionalidade do artigo 126 e de seu parágrafo único (fls. 121-132, e 135 *usque* 141).

Pelo requerente do *writ* foi manifestado, em tempo útil, recurso ordinário, com base no art. 101, inc. II letra *a*, da Constituição

federal de 1946 (fls. 142-157). Após o oferecimento das contra-razões do interveniente (fls. 174-179), subiram os autos a esta instância, onde oficiou a douta Procuradoria-Geral da República, pelo provimento do recurso (fls. 187-188).

VOTO

O *O Sr. Ministro Djaci Falcão* (Relator) — O impetrante do mandado de segurança é titular do Cartório do Primeiro Ofício de Notas e Anexos (inclusive o Registro de Imóveis) da Comarca de Susano. Desmembrando a serventia, assim dispôs a Lei estadual n.º 8.101, de 16-4-64, no seu art. 126:

"Fica criado, como serventia autônoma, o Cartório do Registro de Imóveis e Anexos na Comarca de Susano."

E, no parágrafo único, estatuiu:

"Ao atual Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais do distrito da sede da referida Comarca fica assegurada prioridade absoluta de opção para êsse cartório, como compensação pela perda do anexo de tabelionato decorrente da criação da Comarca, devendo requerer no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da vigência desta lei, ao Secretário da Justiça e Negócios do Interior."

Na serventia criada foi provido José Maria de Sousa Coutinho, oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais da sede da Comarca de Susano, nos têrmos do citado parágrafo único. Daí resultou o presente mandado de segurança, impetrado por Nardi Ferreira, titular do cartório do 1.º Ofício de Notas e Anexos (inclusive o Registro de Imóveis, então desmembrado), que objetiva o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 126 e seu parágrafo único, da Lei n.º 8 101, por ofensivos do art. 141, § 1.º, da Constituição federal de 1946 e do art. 93, letra *g*, da Constituição estadual; e, seja tornado sem efeito, o ato do provimento de José Maria de Sousa Coutinho.

Não padece dúvida de que a vitaliciedade dos titulares de ofício de Justiça (art. 187 da Constituição de 1946) não constitui óbice à divisão dos ofícios. Por isso, não vejo como acoimar de inconstitucional o art. 126, *caput*, da Lei n.º 8.101. Porém, no que tange à disposição inserida no seu parágrafo único, a mim se afigura ilegítima ante o princípio consubstanciado no § 1.º, do art. 141, da Carta Política de 1946. Ao conferir a chamada "prioridade absoluta" de opção, ao "atual Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais", para efeito do provimento da nova serventia, desanexada do Cartório do Primeiro Ofício de Notas e Anexos, de que é titular o impetrante da segurança, e não o beneficiário, titular que é do Registro Civil das Pessoas Naturais, o legislador editou norma de caráter pessoal, ao arrepio, pois, do princípio da igualdade de todos perante a lei. Vê-se que a regra não guarda o caráter da generalidade, eis que personaliza. Estabelecendo um critério de provimento em benefício exclusivo de um serventuário da Justiça, afetou o direito dos demais serventuários do Estado, que se encontrem nas mesmas condições de disputar o preenchimento do cargo criado.

Segundo está expresso no dispositivo questionado, tem por finalidade compensar o Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais da sede da Comarca de Susano, pela perda do anexo de tabelionato decorrente da criação da Comarca, no entanto, que essa perda se operou em face da Lei número 5.285, de 18-2-59, criadora de várias comarcas, dentre elas a de Susano. Ademais, o parágrafo único do art. 23, desta lei, atribuiu ao titular do Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais, desfalcado do anexo de tabelionato, os anexos de distribuidor, contador, partidor e depositário, consoante reconhece o próprio interveniente, apesar de sustentar inocorrer aí uma compensação (fls. 44).

É inadmissível a compensação ditada pela Lei n.º 8.101, de 16-4-64, cinco anos após a perda do anexo de tabelionato através da Lei n.º 5.285, de 18-2-59, que já havia estabelecido a verdadeira compensação. Há, dêsse modo, uma falsa causa em a nova compensação.

A restrição do parágrafo único, do artigo 126, da Lei n.º 8.101, ao critério normal de provimento das serventias de justiça, previsto na Lei estadual n.º 819, de 1950, teve em mira beneficiar determinada pessoa em detrimento de outras, afetando, assim, o princípio da isonomia, cogente também para quem legisla.

Destarte, o ato de nomeação do interveniente assentou em regra inconstitucional, afetando direito subjetivo do impetrante, bem como de outros serventuários que podem disputar a nomeação para o cargo. Assim, dou provimento ao recurso para concedendo, em parte, o mandado de segurança, reconhecer a nulidade do ato de nomeação de José Maria de Sousa Coutinho para a serventia do Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Susano.

VOTO

O Sr. Ministro Adauto Cardoso — De acôrdo com o eminente Relator, dando ênfase ao fato de que a inconstitucionalidade, para mim, decorre da violação do princípio constitucional que atribui ao Chefe do Executivo a competência exclusiva para prover os cargos públicos.

VOTO

O Sr. Ministro Elói da Rocha — Sr. Presidente, dou provimento ao recurso, na totalidade.

Estou com o eminente Relator em que a lei pode determinar o desmembramento de serventias, no interêsse do serviço. Mas, não poderia fazê-lo, sem que ficasse assegurado, concomitantemente, ao serventuário, que é vitalício, o seu direito, pela opção da nova organização.

Ora, o que estabeleceu a lei? Retirou do serventuário uma parcela do ofício de justiça e a atribuiu a outro. Não vale a lei, tanto na parte em que deu opção a outrem, como na em que não resguardou o direito do titular do Cartório.

Para restaurar o direito do impetrante, a solução única, no caso, será declarar a inconstitucionalidade total do dispositivo. É claro que nova lei ainda poderá dividir o Cartório, dispondo, por forma adequada, sôbre o direito do serventuário. Mas o artigo 126, e seu parágrafo da Lei n.º 8.101, com o vício apontado, não podem prevalecer.

O Sr. Ministro Cândido Mota — Vossa Excelência pode me prestar um esclarecimento? É sôbre a legitimidade do mandado de segurança. O que não vejo é o direito líquido e certo de quem pede a segurança.

O Sr. Ministro Elói da Rocha — Afirmou-se que o impetrante não teria legítimo interêsse. O seu direito, líquido e certo, violado, decorre...

O Sr. Ministro Cândido Mota — Qual é?

O Sr. Ministro Elói da Rocha — ... da condição de titular, vitalício, do Cartório que sofreu o desmembramento.

O Sr. Ministro Cândido Mota — Poderia haver uma expectativa de direito, mas não um direito líquido e certo.

O Sr. Ministro Elói da Rocha — Não me parece que haja pura expectativa de direito. Se era possível ou necessário desmembrar o ofício de justiça, não se podia situar o serventuário, compulsòriamente, numa determinada parcela, resultante da divisão. Não se podia tirar, ao serventuário vitalício, uma parte do Cartório, sem lhe assegurar, por qualquer forma, o direito. O dispositivo legal feriu o direito do impetrante, porque, longe de lhe conferir a opção, a instituiu em favor de outro.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Já existe, no direito estadual, uma norma legal, genérica, facultando a opção em caso de desmembramento?

O Sr. Ministro Elói da Rocha — O impetrante era vitalício, o que significa que não podia perder, a não ser em virtude de sentença judiciária, a posição de titular do ofício de Justiça. Lícito, em benefício do serviço, o desdobramento, era preciso que êle tivesse o direito de optar por uma das serventias. A nada se há de reduzir a garantia, se se puder desmembrar a serventia, sem atenção a direito de seu titular. A opção é, no caso, modalidade de realização dêsse direito. A lei é de 16-4-65, ao tempo em que se achava restabelecida a garantia constitucional, que fôra suspensa, por seis meses, pelo Ato Institucional de 9 de abril de 1964.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Minha pergunta não era bem nesse sentido. Eu procurava compreender o alcance do voto do eminente Relator, porque se já existe norma, no direito estadual, garantindo a opção em casos como êste, abolido o parágrafo, funcionaria a regra da opção.

O Sr. Ministro Elói da Rocha — O eminente Relator, ao dar provimento, em parte, ao recurso, declarou inconstitucional sòmente o parágrafo, e não o *caput*, que, pelo desmembramento, criou o Cartório.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Mas, supondo que haja, no direito estadual, uma regra genérica de opção para tais casos, uma vez abolido o parágrafo, observar-se-ia essa regra da opção, em favor do impetrante.

O Sr. Ministro Elói da Rocha — Entendi, do voto do eminente Relator, que S. Exa. admite que se há de prover o nôvo cargo, pela forma comum, seja concurso, seja outra forma, mas não pela investidura do antigo titular.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Mas suponhamos que haja uma norma geral de opção (problema a ser esclarecido). Se já existe essa regra, por que o desmembramento da serventia seria inconstitucional?

O Sr. Ministro Elói da Rocha — Não julgo inconstitucional o desmembramento da serventia, só por si.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Sim, Vossa Excelência julga inconstitucional o *caput* e o parágrafo, portanto, anula o desmembramento da serventia. Mas já existe — é minha pergunta — uma regra geral de opção no direito estadual?

O Sr. Ministro Elói da Rocha — Êsse ponto, da existência, no direito estadual, de regra geral, sôbre opção, em tal hipótese, não foi esclarecido.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Talvez o ilustre advogado pudesse esclarecer.

O Sr. Teotônio Negrão (Advogado do Recorrente) — Realmente, não existe um texto geral sôbre opção: existe uma sistemática, uma tradição, apoiada por quatro leis diferentes, mas essas leis são qüinqüenais. Não existe texto geral.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Não há menção dêste princípio.

O Sr. Rubens Catelli (Advogado do Recorrido) — Pediria licença para lembrar que já a Lei n.º 5.285 dava opção preferencial ao recorrente, para valer-se do direito de ficar serventuário.

O Sr. Ministro Elói da Rocha — O ilustre advogado do recorrente informa sôbre regra, especial, contida em outras leis. No Rio Grande do Sul, procede-se, de ordinário, por esta forma: normas especiais, cada vez que se desmembram serventias, asseguram, aos titulares, a opção. Mas asseguram por que?

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Entendi. Não há um princípio genérico, mas regra específica, em cada desmembramento.

O Sr. Ministro Elói da Rocha — Mas o fazem por quê? Na ausência de regra geral, impõe-se regra especial, sôbre a opção, para respeitar o direito do antigo titular.

Influenciado, naturalmente, por essa observação, julgo que não se pode manter o *caput* do art. 126, que é contrário ao sistema constitucional, por não assegurado, por forma adequada, o direito do titular do primitivo ofício de Justiça.

VOTO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Senhor Presidente, quero declarar apenas a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 126 da Lei n.º 8.101, pelos fundamentos do eminente Relator.

VISTA

O Sr. Ministro Prado Kelly — Sr. Presidente, peço vista dos autos.

DECISÃO

RMS 16.912 — São Paulo. Matéria constitucional. Relator, o Sr. Ministro Djaci Falcão. Recorrente: Nardi Ferreira (Adv. Teotônio Negrão). Recorrido: Estado de São Paulo (Advogado Rubens Catelli). Pediu vista o Ministro Prado Kelly, após os votos dos Ministros Relator, Adauto Cardoso e Aliomar Baleeiro dando provimento em parte ao recurso, e dos Ministros Elói da Rocha dando provimento *in totum*. Impedido o Sr. Ministro Rafael de Barros Monteiro.

Presidência do Sr. Ministro Luís Gallotti. Licenciados os Srs. Ministros Hahnemann Guimarães e Osvaldo Trigueiro.

Tribunal Pleno, 23 de agôsto de 1967. — *Alvaro Ferreira dos Santos*, Vice-Diretor-Geral.

VOTO

O Sr. Ministro Prado Kelly — Documentam os autos que, ao tramitar o projeto de lei n.º 2-62, sôbre oganização judiciária, se encartou no substitutivo da Comissão permanente o art. 143, com o teor seguinte:

"Fica criado, como serventia autônoma, o Cartório do Registro de Imóveis e Anexos, na comarca de Susano.

Parágrafo único. Ao atual Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais do distrito da sede da referida comarca fica assegurada prioridade absoluta de opção para êsse cartório, como compensação pela perda do anexo de tabelionato decorrente da criação da comarca, devendo requerer no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da vigência desta Lei, ao Secretário da Justiça e Negócios do Interior." (fls. 2).

Formalmente, a Assembléia podia, à época, exercitar a faculdade de emenda, em razão de pertinência do respectivo texto ao

objeto da proposição originária. Assim decidimos em outros processos e não vem apêlo insistir no tema.

Também sob o aspecto *formal*, é incontestável que lei especial ou decreto legislativo podem reger situações individuais ou particulares, dependentes de pronunciamento da legislatura. Em tal caso se equiparam, materialmente, a atos *administrativos* ou *jurisdicionais*.

Mas para que subsista nexo entre o projeto e a emenda é de rigor que a última corresponda, como o primeiro, aos fins de interêsse público pressupostos na iniciativa, ou seja, na hipótese, o exclusivo interêsse do servidor judiciário.

Dêsse ângulo o recorrente invocou violação à "igualdade jurídica", por se lhe retirar o direito de opção que as leis estaduais têm reconhecido ao serventuário prejudicado com o desmembramento de sua serventia (cf. fls. 3). E, a propósito, confirma a argüição o voto vencido do ilustre Desembargador Arlindo Pereira Lima:

"... uma vez instituída a carreira do Serventuário da Justiça, através da Lei número 819, de 31-10-50, jamais poderia o legislador ordinário estabelecer "um regime diverso e de exceção", como bem adverte a inicial, tanto mais que "retirou do impetrante o direito de opção que tôdas as leis reconhecem ao serventuário que sofre desmembramento de sua serventia" (cf. item 4 a fls. 7 e também a fls. 9)." (fôlhas 136-137).

Devo acrescentar que no princípio da igualdade "perante a *lei*' está ínsito outro princípio — o da "legalidade", tanto vale dizer, o da "supremacia da lei", freio e contensão da potestade governativa, qual o exprimiram o § 2.º do art. 141 da Constituição de 1946 e o § 2.º do art. 150 do atual Estatuto. Demonstrou Duguit que "a generalidade é a razão mesma da lei", tanto por seu fundamento *racional* quanto por seu fundamento *histórico*. Do prisma do primeiro, porque tal caráter é "a conseqüência lógica da idéia que se forma universalmente da lei", por via da qual se exprime a "regra de direito", disciplina social fundada na interdependência dos homens. Do prisma do segundo, porquanto só com aquêle caráter se constituiu històricamente a função legislativa, a última das funções jurídicas do Estado, e só por aquêle meio significou a lei escrita a proteção mais eficaz do indivíduo contra o arbítrio do poder político.

A argumentação do decano bordelense tem em seu prol um velho escólio de Rousseau: "O que ordena o próprio soberano em matéria particular não é lei, e sim decreto, não é ato de soberania, e sim ato de magistratura". Tem ainda em seu abono a definição, em sentido *material*, inserta na Constituição francesa de 1793: "A lei só pode ordenar o que é justo e útil *à sociedade;* só pode vedar o que lhe é nocivo." Conta, por último, com a chancela de Esmein (*Droit Constitutionnel*, 7.ª ed., vol. I, p. 22 e vol. II, p. 399), de Planiol (*Droit Civil*, vol. I, § 136) de Hauriou (*Droit Administratif*, 10.ª ed., p. 56 e s.). E sobrexcele os pontos de vista, menos convincentes, de Jellinek, Laban e Carré de Malberg.

Tenho por demonstrado que a emenda não obedeceu ao presumido escopo do interêsse *público* e sim a uma inspiração que nem por ser equânime ou reparadora (como pareceu ao interveniente) deixa de ser *particularista* ou de favorecimento *pessoal*.

Tanto o admite o eminente Relator que fulminou de inconstitucional o parágrafo único da Lei n. 8.101, de 1964. Mas êste parágrafo jamais existiria sem o *caput* do artigo. Nem o artigo teria razão de ser, se lhe faltasse o parágrafo. Um e outro são siameses, indissolùvelmente ligados entre si tanto pelo qual afirmam — o benefício especial concedido, quanto pelo que negam — a conveniência geral do serviço, inconfundível com privilégio ou vantagem individuais.

Concessa venia, acompanho o voto do eminente Ministro Elói José da Rocha.

VOTO

O Sr. Ministro Adalício Nogueira — Senhor Presidente, também eu, *data venia* dos eminentes Ministros que já votaram anteriormente, estou de acôrdo com o pronunciamento do eminente Ministro Elói da Rocha, agora prestigiado pelo voto do eminente Ministro Prado Kelly.

Entendo que, realmente, não é possível destacar-se o parágrafo do *caput* do artigo. O artigo, na sua expressão inicial, foi, justamente, elaborado com o objetivo de servir, também, ao parágrafo. Não se pode, em verdade, dissociar um do outro. Ambos se interpenetram. O artigo foi feito para que o parágrafo servisse de objetivo à sua finalidade.

De maneira que estou com os que pensam que o dispositivo é inconstitucional. Mas o é no seu todo. Em realidade, a lei tem caráter privatístico, tem destinação particular, visa ao interêsse exclusivo do seu beneficiário. Além do mais, a nomeação em aprêço que devia decorrer de um ato do Poder Público, isto é, do Poder Executivo, foi feita pelo próprio Poder Legislativo, marcando, assim, a intenção inequívoca de servir ao interêsse do funcionário, que foi por ela beneficiado.

Assim sendo, dou provimento, *in totum*, ao recurso, nos têrmos dos votos dos eminentes Ministros Elói da Rocha e Prado Kelly.

VOTO

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Sr. Presidente, não fixei bem a hipótese. O *caput* do artigo desmembrou o cartório e o parágrafo mandou aproveitar determinado servidor?

O Sr. Ministro Prado Kelly — Tratava-se da reforma judiciária e a emenda representou um desvio de poder da própria legislatura, vindo afinal a ter a seguinte redação — no art. 126 da Lei n.º 8.101:

"Fica criado, como serventia autônoma, o Cartório do Registro de Imóveis e Anexos, na comarca de Susano.

Parágrafo único. Ao atual Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais do distrito da sede da referida comarca fica assegurada prioridade absoluta de opção pela perda do anexo de tabelionato decorrente da criação da comarca, devendo requerer no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da vigência desta Lei, ao Secretário da Justiça e Negócios do Interior." (fls. 2).

Sr. Ministro Relator, permiti-me prestar o esclarecimento, porque os autos estavam em meu poder.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Agradeço os esclarecimentos. Peço vênia a V. Exa. para acompanhar o voto do eminente Relator, que anulou apenas o parágrafo.

Ouvi, com a maior atenção e agrado, a doutrina sustentada, seja pelo eminente Relator, seja pelo ilustre Ministro Prado Kelly, que lhe deu mais desenvolvimento, no sentido de que podemos exercer contrôle sôbre os desvios de poder da própria legislatura. Não é uma doutrina aceita — digamos assim — com geral aprovação.

O Sr. Ministro Prado Kelly — Mas, note V. Exa., que se tratava de examinar o "poder de emenda" no Legislativo. Só se legitima tal poder, nos casos de que se cuida, de acôrdo com os precedentes, quando haja conexão com o projeto principal; e deixa de haver conexão se, a pretexto de prover em assunto de interêsse público, se toma deliberação tendente a proteger direito pessoal.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Não estou inteiramente em desacôrdo com V. Exa., mas acho que a noção de abuso é que permite ao Judiciário exercer uma função moderadora no contrôle da ação de outros podêres. Tanto a noção de *uso*, como a de *abuso*, não têm definição muito precisa, mas a jurisprudência as vai construindo, lentamente, com os seus precedentes. Aliás, é importante notar, é à base de noções não muito precisas, não completamente definidas no texto legal, que a jurisprudência realiza suas mais valiosas construções.

Não sou de todo infenso à doutrina, que folgo ver sustentada por V. Exa., com sua alta autoridade. Mas não me parece que o *caput* do dispositivo questionado esteja contaminado, de maneira tão visível, tão ostensiva, de um desvio de poder, que devamos corrigir, porque o *caput* desmembrou uma serventia. Isso é coisa usual e corriqueira, na organização judiciária. Onde o favoritismo realmente aparece com evidência é no parágrafo. Eliminado o parágrafo, alguma disposição nova será baixada pelo legislador de São Paulo, ou se aplicarão as leis vigentes, para que o provimento da serventia criada se faça com critério de justiça.

O Sr. Ministro Prado Kelly — Consinta V. Exa.? A única emenda apresentada (criando serventia) era apenas um meio para assegurar proteção ao interveniente.

Em matéria de formação de lei valem como subsídios úteis os documentos parlamentares. Há que atentar na tramitação, nos motivos do veto, na intenção realmente identificada, na benemerência da legislatura em relação a determinado servidor.

O Sr. Ministro Adalício Nogueira — Por paradoxal que pareça, o *caput* existe em razão do parágrafo, e não o contrário.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Estamos entrando no subconsciente do espírito legislativo. As intenções pertencem a Deus. O legislador legisla por mil motivos. Um pode legislar pelo bem da Pátria, outro pelo bem da região, outro no interêsse social.

Podemos adivinhar quais as intenções do legislador se elas não estão expressas nesses motivos? Ela quis dar uma compensação pela falta do cartório.

Outra coisa que eu queria que o eminente Ministro Vítor Nunes esclarecesse — e nesta parte S. Exa. deu apoio ao ilustre Ministro Prado Kelly — e se admite um desvio de poder do Poder Legislativo fora do caso de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Admito.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Então, por via de conseqüência, V. Exa. admite a responsabilidade do Poder Legislativo pela elaboração das leis, como já houve quem defendesse.

O Sr. Ministro Prado Kelly — Não a admito além dos casos de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Sempre admito que uma interpretação traz outras conseqüências.

O Sr. Ministro Prado Kelly — Por isso, procurei ser exato nos têrmos de que usei.

O que estava em causa era o velado desrespeito ao princípio da legalidade. Êsse princípio, associado ao da igualdade jurídica, pressupõe que a lei tem efeitos gerais. É um resguardo da própria autoridade do Legislativo, e é uma garantia para os cidadãos. Admito o exercício da faculdade de emenda atribuída ao legislador, mas verifico que, no caso concreto, êle usou daquela faculdade com desvio do fim pressuposto na Constituição e nas normas que regem a disciplina do órgão. Por que? Porque, em vez de prover em relação ao bem público, atendeu a um interêsse pessoal menos legítimo. É êste o ponto; e só com esta limitação eu admitiria a pesquisa da intenção do legislador, a fim de dar por comprovado o *detournement de pouvoir*.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Meu eminente mestre e amigo me perdôe a interrupção, mas me parece que a nós não é dado penetrar nas intenções do legislador, se êle não as expressa, para ver quais foram os fins da política legislativa por êle adotada.

Suponhamos que êsse homem foi despojado de uma parte do cartório e, com a criação da comarca, perdeu o tabelionato. O Poder Legislativo quis que lhe ficasse assegurada a pensão de cem mil cruzeiros como compensação. Poderia fazer por um outro caminho, mas deu preferência para um determinado cartório a um servidor que já era titular do ofício.

O Sr. Ministro Prado Kelly — O primeiro ponto de V. Exa. diz respeito ao exame dos fins que teve em vista o legislador ao elaborar a lei. Tal exame está presentemente acantonado no campo da Administração Pública. Mas, em que consiste a apuração ou a análise dos fatos? Consiste em verificar se comprovadamente a intenção da autoridade executiva está em harmonia com os fins pressupostos na lei, ou se, ao contrário, atende a outros interêsses.

No caso, os documentos parlamentares demonstram que se teve em vista, não medida de interêsse geral, porém medida particularista, em benefício de certo serventuário.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Porque êle foi despojado.

O Sr. Ministro Prado Kelly — Êste é outro ponto. Queriam compensá-lo por perda sofrida com uma outra reforma. O benefício, portanto, seria estritamente pessoal. O eminente Ministro Aliomar Baleeiro o equipara a pensão, mas, dêsse prisma, o projeto...

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Para compensar determinado cidadão pela perda material que havia sofrido.

O Sr. Ministro Prado Kelly — ... concederia indenização arbitrária, sem que lhe precedesse ação judicial.

A admitir a argumentação de S. Exa., chegaríamos a esta conclusão: a lei, na qual se converte projeto que confira pensão, só o é formalmente.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Pergunto ao meu eminente mestre e amigo: é destituída de constitucionalidade uma lei que não tem substância de lei, não tem carne, nem sangue, nem ossos de lei? Ela o é apenas em sentido formal, como todos os Congressos e Parlamentos do mundo elaboram, contando que não ofenda a Constituição.

O Sr. Ministro Prado Kelly — Ora, é atribuição do Congresso conceder pensão por meio de leis especiais.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — O Congresso vota freqüentes leis que concedem pensão à viúva de um grande nome nacional, como Rui Barbosa, à viúva de um

ex-Presidente da República, à viúva de um guarda que foi assassinado por um ladrão etc.

O Sr. Ministro Prado Kelly — Nesses casos se exercita atribuição legítima do Poder Legislativo, a qual procede da Carta de 1824. Mas não é disso que se cuida. O de que se cuida aqui é de uma lei que a Constituição sujeita ao crivo do Tribunal de Justiça, lei de Reforma Judiciária, em que todo pressuposto das medidas propostas há de ser o do interêsse público, e nela se encontra, anômalamente, uma disposição bipartida (*caput* do artigo e parágrafo), com um só escopo, o de beneficiar determinado servidor.

Se essa norma, apesar de decomposta, não ofende a disciplina que rege a formação das leis, e indiretamente o princípio da legalidade, no qual assenta todo o nosso sistema político, não sei porque nos cingirmos exclusivamente a um vício de origem no ato de nomeação, sustentando que o provimento do cargo incumbiria ao Governador do Estado. Êste é, em *ultima ratio*, o motivo que invalida o parágrafo. Quaisquer outros afetariam, ao mesmo tempo, o parágrafo e o *caput* do artigo.

O Sr. Ministro Hermes Lima — Mas, eminente Ministro, não se trataria aí de uma norma de direito singular?

O Sr. Ministro Prado Kelly — Não o é. Deparava-se um projeto de ordem geral; tratava-se de organização da Justiça do Estado. Passou por tôdas as exigências que duas Constituições estabelecem, escoimaram-se disposições de favor pessoal. O legislador não mirou a um simples desmembramento da serventia. Mirou ao interêsse pessoal do beneficiado. Nesse ponto, o Tribunal expurga o vício da lei. Mas em nome de que interêsse público se sacrifica o direito individual do recorrente, o qual dêle se viu despojado por um processo que, aos nossos olhos, nem jurídica nem èticamente se legitima?

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Sr. Presidente, sinto-me recompensado de ter, talvez inadvertidamente, de qualquer modo não intencionalmente, provocado essa polêmica tão esclarecedora sôbre um tema, que é da máxima relevância.

Para concluir meu voto, ante a extensão que tomou o debate, deverei dar alguns esclarecimentos sôbre as palavras proferidas anteriormente. Antes, porém, queria perguntar ao eminente Relator como se comportou o Tribunal de Justiça em relação ao desmembramento do cartório.

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Com relação ao artigo, o Tribunal considerou constitucional.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — E antes da elaboração? O projeto resultou de iniciativa do Judiciário?

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator) — Sim, na sua inteireza resultou do Judiciário. Quero acrescentar, *data venia* do voto do eminente Ministro Prado Kelly, que eu não cheguei a concluir pela inconstitucionalidade *in totum*, porque não existem nos autos elementos bastantes, a meu ver, para positivar que tanto a criação quanto o modo de provimento objetivassem amparar, de modo ilegítimo, o funcionário que foi provido no cargo. Tendo em vista, por outro lado, que a vitaliciedade do titular do ofício desmembrado, por si, não constitui óbice ao desmembramento da serventia. Poderá ter ocorrido no caso motivo de interêsse público, para a criação do Cartório do Registro Imobiliário, por isso é que considero apenas ilegítimo o modo de provimento.

Também acolho, consoante ouvi da excelente exposição do Ministro Prado Kelly, a figura do *sviamento di potere* dos italianos, *detournement de pouvoir* dos franceses, que entre nós também já não constitui figura estranha, tanto assim que temos em nossa literatura monografia sôbre o assunto (*Do Desvio de Poder*, de José Certella Júnior). Mas, *data venia* do entendimento esposado por S. Exa., eu, diante dessas considerações, não me senti animado a concluir pela inconstitucionalidade, na sua inteireza, do artigo e do parágrafo.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Retomando meu voto, Sr. Presidente, passo ao esclarecimento que desejava dar. Quando o Sr. Ministro Aliomar Baleeiro perguntou se eu admitia fora da típica argüição de inconstitucionalidade, respondi que admitia. Mas, antes que pudesse dizer em que têrmos o admitia, o debate se espraiou.

Em primeiro lugar, prefiro usar, a êsse respeito, a noção de *abuso*, e não a de *desvio* de poder. Pela doutrina francesa, que mais longamente elaborou o conceito, o desvio de poder se configura, não apenas quando o ato deixa de atender a um fim de interêsse público, mas também quando, pressuposto pela norma pública, o ato é prati-

cado com outra finalidade, ainda que de interêsse público. O desvio de poder, nesta segunda modalidade, conduziria, por via indireta, à incompetência da autoridade, porque ela só seria competente para praticar o ato em razão do fim de interêsse público que fôra pressuposto pelo legislador para o uso daquela competência.

Eu não aceitaria, com tal extensão, êsse conceito de desvio de poder, no contrôle sequer da ação administrativa. Tenho reservas, e a respeito já escrevi um comentário, que, malgrado meu, abriu um comêço de polêmica com o eminente jurista Seabra Fagundes, a propósito de decisão proferida pelo Tribunal do Rio Grande do Norte. Se ponho êsse temperamento no contrôle judiciário da ação administrativa, quanto à ação do Legislativo...

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Perdoe-me: V. Exa. admite essa doutrina que expõe fora do direito administrativo e no campo do direito constitucional, em relação ao Legislativo?

O Sr. Ministro Vítor Nunes — É o que estou procurando explicar. Admito-a em caso de ostensivo afastamento dos princípios que regem a conduta do Congresso, isto é, em caso de abuso, desde que seja abuso manifesto.

Quando digo isso, é claro que não me coloco inteiramente fora do campo da argüição de inconstitucionalidade, porque esta não se traduz sòmente na violação de norma expressa. Também se traduz em violação de princípio constitucional. Havendo abuso evidente do Congresso, sempre é possível enquadrar êsse abuso na infração de algum princípio constitucional, como agora está fazendo o eminente Relator, que viu no parágrafo questionado uma restrição ao poder, que tem o Executivo, e não o Congresso, de fazer nomeações para os cargos públicos criados em lei.

Mas a noção do abuso, a meu ver, é que concorre para configurar a violação de certos princípios constitucionais, pois através da noção de abuso é que o Poder Judiciário, que julga em caso concreto, pode ter o pleno discernimento de certas questões.

A noção de abuso é controvertida, tanto no direito civil, como no processual, como no administrativo, como também no direito constitucional. Mas, controvertida ou não, ela vai fazendo o seu caminho vitorioso na doutrina e na legislação. Antes, nossa lei quase a desconhecia. Agora a proclama em diversos textos. Como juiz, estou nessa linha.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Acredito, com todo o respeito a V. Exa., que acaba V. Exa. colocando o problema, dentro do Supremo Tribunal Federal, nos têrmos em que foi pôsto na Côrte Suprema dos Estados Unidos no período anterior a 37, da oligarquia judiciária, do despotismo, govêrno e — o poder dos juízes. Aí nós já estaríamos muito além do que a Constituição nos dá, e ela já deu ao S.T.F. o que nenhum Constituição do mundo deu ao Poder Judiciário. Nem a dos Estados Unidos. O poder de o Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional, em tese, uma lei do Estado, e agora também uma lei da União, é coisa inédita na terra. Se nós agora tomássemos nas mãos essa atribuição, como os juízes americanos tomaram desde o período inicial do século XIX até 37, achando que podemos também anular aquilo que nós reputamos abuso de poder do Congresso, não há limite. Não admito que tenhamos mais sabedoria do que os demais brasileiros, investidos de paralelas responsabilidades, apesar do que diz a Constituição: "notável saber jurídico". O Congresso também tem homens cultos, que são escolhidos pelo povo. Repito o que disse outro dia ao eminente Ministro Adauto Cardoso: vão às urnas, nas eleições, corrijam, castiguem êsses Deputados. A nossa palmatória, porém, não pode ser tão grande e alcançar tão longe.

O Sr. Ministro Prado Kelly — A nossa intervenção só se legitima em defesa da Constituição, quando ela estiver em causa. No apreciar o modo pelo qual se configura a constitucionalidade, reconhece-se o "excesso de poder" do Legislativo no exercício de suas atribuições. Ninguém pode supor excesso mais gritante do que a ofensa feita à Constituição.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — O que me parece é que tôda vez que o Poder Judiciário exorbitar de um dos seus podêres, haverá uma reação, que poderá ser nefasta ao próprio prestígio da justiça.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — Sr. Presidente, espero ter explicado por que não aceito uma noção exagerada do contrôle judiciário. Infelizmente, não podemos fazer, agora, um estudo monográfico do tema. Temos que nos limitar ao enunciado de algumas idéias gerais.

Mas eu ponderaria ao eminente Ministro Aliomar Baleeiro que a diferença entre o Supremo Tribunal do Brasil e a Côrte Suprema dos Estados Unidos não me parece tão grande como a S. Exa.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Mas tão grande como a S. Exa.

O Sr. Ministro Vitor Nunes — É certo que a Côrte Suprema não tem o poder, que agora temos, por norma expressa, de examinar a inconstitucionalidade de uma lei, em tese. Mas, de outro lado, é comum nos Estados Unidos o uso do *test case,* praxe que o Sr. Ministro Aliomar Baleeiro, em voto aqui proferido, considerou salutar.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Não é muito má.

O Sr. Ministro Vitor Nunes — O *test case* pode ser até uma demanda simulada, ou construída, dando pretexto, ou motivo, ao Tribunal para emitir julgamento de constitucionalidade.

Em segundo lugar, pelo princípio de *stare decisis,* a decisão da Côrte Suprema, que fulmina uma lei, é respeitada de imediato por todos os Podêres. Nenhum dêles, nos Estados Unidos, deixou de acatar, e em têrmos genéricos, tais decisões.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Durante algum tempo.

O Sr. Ministro Vitor Nunes — O que faz o Congresso, e o tem feito várias vêzes, é expedir outra lei, ou aprovar uma emenda constitucional que, contrastando com a decisão, mantenha o seu ponto de vista. Isso é legítimo. Cada Poder, no uso de suas atribuições. Mas, em relação à lei específica fulminada pela Côrte Suprema, a decisão é acatada. Portanto, independentemente de qualquer poder normativo da Côrte, uma decisão sua em matéria constitucional tem, por tradição, efeito normativo. Está de acôrdo com os costumes, com os precedentes, com a doutrina americana que ela produza, na prática, êsse efeito.

Somos, talvez, mais racionalistas que os anglo-saxões. Por isso, traduzimos êsse efeito numa norma de competência do Supremo Tribunal, pois nossa tradição era em sentido oposto. Mesmo os juízes inferiores não devem obediência aos nossos julgados senão nos limites estritos do caso concreto. Era, pois, necessário que houvesse uma norma para romper essa tradição. Assim mesmo a Constituição a rompeu com cautela, porque subordinou a eficácia genérica das nossas decisões de inconstitucionalidade, ainda que proferidas em tese, a um pronunciamento ulterior do Senado.

Por isso, não me parece maior essa nossa competência que a da Côrte Suprema. Mas nós exercemos a nossa de modo diferente.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Perdoe V. Exa. Devo lembrar que o Supremo Tribunal construiu a doutrina. Primeiro, que o Senado era obrigado, embora não tivesse sanção, a suspender. Segundo, que o Senado teria de suspender *in totum*. Terceiro, que o Senado não podia voltar atrás de seu ato de suspensão. Sôbre êstes três pontos de vista, votei anteriormente. Acho que o Senado não suspende. Se quiser, suspendem uma parte e não tôda. Se quiser, volta atrás e revoga a suspensão. Para mim, no caso, o Senado tem função puramente política. Não há sanção nenhuma.

O Sr. Ministro Prado Kelly — Na Itália, é o próprio Presidente da Côrte quem faz a declaração de inconstitucionalidade, para efeito *erga omnes*.

O Sr. Ministro Vitor Nunes — Como propôs a Comissão da reforma judiciária, de que V. Exa. foi membro ilustre.

Portanto, Sr. Presidente, há temperamentos na nossa atuação em matéria constitucional. Talvez até tenhamos menos podêres que a Côrte Suprema, salvo, agora, sob outro aspecto, para regular o processo nos casos da nossa competência.

Mas também à Côrte Suprema, freqüentemente se faz a acusação de estar invadindo a esfera legislativa. Presentemente, a "Côrte Warren" tem sido censurada, precisamente, por estar usurpando função do Legislativo, na opinião dos críticos. Mas isto resulta, em grande parte, talvez em maior parte, de ser a Constituição americana muito sintética, com algumas disposições muito genéricas, de ser uma Constituição antiga, escrita em condições históricas específicas e que deve ser aplicada em situações completamente diversas. Por isso, a Côrte vai interpretando o mesmo texto, que é genérico, de modo diferente, à medida que mudam as condições sociais.

Por que não fazemos o mesmo? Porque não podemos? Não. É porque temos tido Constituições minuciosas, pràticamente regulamentares. Nos pontos em que nossas Constituições têm sido omissas, ou têm usado fórmulas amplas, o Supremo Tribunal

Federal procedeu como a Côrte Suprema. Veja-se, por exemplo, o conceito de taxa. A Constituição de 1946 não o definia. Por exclusão, tendo em vista a discriminação tributária e alguns princípios constitucionais, é que se podia deduzir um conceito de taxa da Constituição. Embora não houvesse na Constituição um conceito definido, o Supremo Tribunal nunca deixou de anular, e o fêz numerosas vêzes, taxas federais, estaduais e municipais.

Com base em noções doutrinárias, respeitáveis sem dúvida, e em certos princípios genéricos, o Tribunal, em substância, fazia obra legislativa. Mas não procedia abusivamente. Fazia legítimo uso do seu poder de interpretar a Constituição. Quando a Constituição se utiliza de uma fórmula ampla, vaga, imprecisa, o Supremo Tribunal é que deve determinar o seu sentido, dar-lhe conteúdo, estabelecer os seus limites.

No tocante à ação do Congresso, que é passível de se traduzir em abuso, evidentemente, êsse abuso só pode ser reconhecido e proclamado pelo Supremo Tribunal Federal em razão de princípios constitucionais...

O Sr. Ministro Prado Kelly — Exatamente.

O Sr. Ministro Vítor Nunes — ... e não pelo arbítrio dos juízes. Mas há princípios constitucionais tão genéricos que ao próprio Tribunal incumbe defini-los.

Êste é o temperamento que estabeleço na questão que estamos aflorando. A intervenção da Côrte dependerá, então, dos elementos que vierem nos autos, da evidência com que dêles possa emergir o abuso, que é de si mesmo noção pouco precisa.

No caso, não me parece que exista essa evidência quanto ao *caput* do artigo questionado, porque êle se limitou a desmembrar um cartório, que é fato habitual. Quanto ao parágrafo, sim, porque o legislador, nas próprias palavras com que enunciou seu pensamentos, revestidos de vigor inusitado em leis dessa natureza, deixou escapar o seu propósito de puro favoritismo.

Por tais razões é que acompanho o Senhor Ministro Relator, *data venia* dos eminentes juízes que discordam. Declaro inconstitucional apenas o parágrafo, porque êle, eivado de abuso de poder, envolve em última análise restrição ao poder de nomear, que pertence ao Governador.

VOTO

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Sr. Presidente, é um recurso de mandado de segurança, que foi requerido pelo titular do Cartório, Nardi Ferreira. O que pretendeu, como está expresso não só no item I como no final, foi o seguinte:

"O presente mandado de segurança é impetrado para que, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 126 e seu parágrafo único da Lei n.º 8.101, de 16-4-64, seja tornado sem efeito o ato de provimento do Sr. José Maria de Sousa Coutinho."

Porque titular do Cartório, o impetrante, não tem interêsse apenas em desfazer a nomeação de José Maria de Sousa Coutinho; seu interêsse primordial é impedir a divisão do seu Cartório.

Se, na hipótese, estivéssemos apreciando uma representação do Procurador-Geral da República a propósito da inconstitucionalidade do parágrafo único, eu estaria de acôrdo com o eminente Relator, julgando inconstitucional, porque, realmente, o Legislativo atribuiu-se o poder de nomear, que lhe é defeso, é uma prerrogativa, uma atribuição do Executivo. No caso concreto, teria havido invasão dos podêres do Executivo pelo Legislativo. O ato seria inconstitucional.

Mas, ocorre que o Poder Executivo não se incomodou e nomeou José Maria de Sousa Coutinho para o cargo. De maneira que desfazer essa nomeação, nesse mandado de segurança, Sr. Presidente, não me parece possível, porque isso nem aproveita ao impetrante. Falta-lhe interêsse, pelo que o meu voto só pode ser pela denegação da segurança.

O Sr. Ministro Elói da Rocha — Vossa Excelência permite? O meu voto foi proferido na sessão passada e, por isso, peço licença para insistir em alguns aspectos da questão.

Declarei que o parágrafo único do artigo 126 era inconstitucional, como o julgou, também, o eminente Relator. Não tive nenhuma dúvida de que a lei pudesse desmembrar o Cartório. A lei dividiu o Cartório em dois, dêle separando uma parcela, para constituir unidade autônoma. Podia fazê-lo, mas não sem restrição, não sem condições. Simultâneamente, a lei, no artigo 126, parágrafo único, concedeu preferência, para o provimento em o nôvo Cartório, a outro serventuário de Justiça.

Certamente, o parágrafo é inconstitucional. Já se pronunciaram nesse sentido, em maioria, os votos do Tribunal, a começar pelo eminente Relator, porque, por êsse parágrafo, a lei, na realidade, efetuou o provimento do nôvo Cartório. Mas, o vício que se encontra no parágrafo contamina o *caput* do artigo — demonstrou o eminente Ministro Prado Kelly que o parágrafo e o *caput* do artigo são siameses, indissolùvelmente ligados entre si — porque, na verdade, a norma é uma só. A lei desmembrou o Cartório, enquanto atribuiu o nôvo a oficial de outra serventia.

O Sr. Ministro Prado Kelly — Não há momentos distintos.

O Sr. Ministro Elói da Rocha — Não importa que a norma se tenha expressado no *caput* do artigo e, ainda, no parágrafo. Descobre-se o desvio de poder, quando se afirma o propósito de o legislador investir terceiro em a nova serventia. Revela-se, no parágrafo único, a ilegalidade, que contamina o *caput* do artigo.

Indiquei outra razão de inconstitucionalidade. Não é lícito o desmembramento do Cartório, sem limitações e sem condições que atendam ao direito do titular do ofício de justiça. É por isso que, em leis estaduais, como na legislação do Estado do Rio Grande do Sul, que apliquei durante muito tempo, na divisão de serventias, se tem assegurado, mediante regra especial, ao titular vitalício, a opção.

O Sr. Ministro Adalicio Nogueira — Parece que as leis paulistas também.

O Sr. Ministro Prado Kelly — As leis paulistas também o estabelecem, e consta dos autos longa enumeração.

O Sr. Ministro Elói da Rocha — Se o interêsse do serviço público recomenda a divisão, o direito do serventuário vitalício há de ser considerado. A norma, regra geral, ou especial, sôbre a opção, apenas observa a garantia constitucional.

O Sr. Ministro Vitor Nunes — Vossa Excelência considera o direito de opção implícito na vitaliciedade.

O Sr. Ministro Elói da Rocha — Apesar da vitaliciedade do serventuário, é permitido, no interêsse do serviço, desmembrar o ofício de justiça, mas não deixar o titular vitalício numa área arbitrária, que pode ser a menor. Efetuada a divisão, em benefício do serviço, o serventuário terá opção para situar-se na parcela que se tornou autônoma. O impugnado art. 126 é inconstitucional, por dois motivos: primeiro, porque importou em nomeação do serventuário do nôvo ofício; segundo, porque, desmembrando o Cartório, não assegurou ao primitivo titular a opção que lhe cabia.

O Sr. Ministro Adauto Cardoso — Inconstitucionalidade por omissão?

O Sr. Ministro Elói da Rocha — A inconstitucionalidade é da norma inscrita no art. 126, *caput*, que sòmente poderia ser estabelecida, com o acréscimo de regra sôbre opção do antigo titular. Sòmente se poderia desmembrar o Cartório, se assegurado, ao titular, o seu direito, o que era factível por via de opção. Sem essa opção, é inconstitucional.

O Sr. Ministro Adauto Cardoso — E se a opção vier assegurada em outra lei, na lei estadual?

O Sr. Ministro Elói da Rocha — Fiz essa ponderação em meu voto. O advogado do recorrente informou a propósito.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro — Disse que não há norma geral.

O Sr. Ministro Prado Kelly — Não há norma geral, mas há norma específica, em grande quantidade de leis anteriores.

O Sr. Ministro Elói da Rocha — Vossa Excelência me perdoe, eminente Ministro Gonçalves de Oliveira...

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Honrado, recebo o aparte de V. Exa.

O Sr. Ministro Elói da Rocha — ... haver interrompido seu brilhante voto. Mas, quis acentuar que o parágrafo único contamina o *caput* do art. 126. Ainda que isso não acontecesse, o dispositivo é inconstitucional, porque determina o desmembramento, sem assegurar, do mesmo passo, ao antigo titular do Cartório, direito inerente à vitaliciedade.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Sr. Presidente, o art. 126 da Lei estadual n.º 8.101, Lei de Organização Judiciária, dispõe assim:

"Fica criado, como serventia autônoma, o Cartório do Registro de Imóveis e Anexos na Comarca de Susano."

O parágrafo único diz assim:

"Ao atual Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais do Distrito da sede da referida Comarca fica assegurada prioridade absoluta de opção para êsse Cartório,

como compensação pela perda do anexo de tabelionato decorrente da criação da Comarca, devendo requerer no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da vigência desta lei, ao Secretário da Justiça e Negócios do Interior."

Como tive ensejo de dizer, estou julgando um mandado de segurança do titular dêsses serviços de Registros de Imóveis. Se estivesse julgando uma representação do Governador do Estado contra êsse parágrafo, não teria dúvida em acolher a sua inconstitucionalidade, porque haveria o abuso do Poder Legislativo, em atribuir-se uma competência que, pela Constituição, é do Governador do Estado, qual a de prover os cargos públicos, prover desembaraçadamente, e não ficar limitado a nomear aquela pessoa indicada na lei pelo Poder Legislativo. Por êsse motivo, o dispositivo foi até vetado pelo Governador do Estado.

Então, o remédio seria o recurso pelo Governador ao Supremo Tribunal, baseado no princípio da harmonia dos Podêres, hoje com mais amplitude na Constituição de 24-1-67, para que o Supremo Tribunal nulificasse o parágrafo.

Mas estamos apreciando um mandado de segurança do titular dêsses serviços de Registros de Imóveis, não interessando ao impetrante apenas o desfazimento do parágrafo porque, se prevalecer, como está prevalecendo, o voto do eminente Relator no sentido de ficar o *caput* do artigo como intocável, haveria prejuízo total para o impetrante.

O Sr. Ministro Adauto Cardoso — O impetrante pede que lhe seja assegurado o direito de opção?

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Não, seria apenas uma expectativa de direito.

O Sr. Ministro Elói da Rocha — O impetrante alega que o seu direito foi violado pela impugnada norma.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Alega violação do direito de exercer...

O Sr. Ministro Elói da Rocha — Pede que, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 126, e parágrafo único, da Lei número 8.101, lhe seja assegurado o seu direito.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira — Êle pede apenas que se desfaça o ato.

Entendo, como o eminente Relator, que o *caput* do artigo não é inconstitucional, porque poderia ser desmembrado êsse Cartório. E como o parágrafo não interessa ao impetrante, que não tem direito de se prover no cargo, o meu voto é pela denegação da segurança, que êste remédio não protege mera expectativa de direito que tem todo cidadão de ver um cargo vago e poder ser o candidato a seu provimento.

É o meu voto, Sr. Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Luís Gallotti — Como vê o Tribunal, a corrente que votou pela inconstitucionalidade, em têrmos mais amplos, não poderia prevalecer, porque não alcançou nove votos. Mas a outra corrente prevalece, a ela se somando os votos daquela, porque o mais compreende o menos. Assim, lògicamente, os que dão pela inconstitucionalidade total também dão pela inconstitucionalidade em parte.

Voto com o eminente Relator.

DECISÃO

RMS 16.912 — SP — Relator, Ministro Djaci Falcão. Matéria constitucional. Recte. Nardi Ferreira (Adv. Teotônio Negrão). Recorrido Estado de São Paulo (Adv. Rubens Catelli). Deu-se provimento, em parte, para julgar inconstitucional o parágrafo único do art. 126 da Lei paulista n.º 8.101, de 16 de abril de 1964. Assim votaram os Ministros Relator, Adauto Cardoso, Aliomar Baleeiro, Vítor Nunes, Lafayette de Andrada e o Presidente Luís Gallotti, sendo que os Ministros Elói da Rocha, Prado Kelly, Adalício Nogueira, Hermes Lima e Cândido Mota, davam provimento *in totum*, porque julgavam inconstitucional, além do parágrafo único, o art. 126 *caput*, não sendo alcançada, quanto a esta parte, a maioria necessária à declaração da inconstitucionalidade. O Ministro Gonçalves de Oliveira negava provimento ao recurso. Impedido o Sr. Ministro Rafael de Barros Monteiro.

Presidência do Sr. Ministro Luís Gallotti. Presentes os Srs. Ministros Adauto Cardoso, Djaci Falcão, Elói da Rocha, Aliomar Baleeiro, Prado Kelly, Adalício Nogueira, Hermes Lima, Vítor Nunes, Gonçalves de Oliveira, Cândido Mota Filho, Lafayette de Andrada e Luís Gallotti (Presidente). Licenciados, os Srs. Ministros Osvaldo Trigueiro e Hahnemann Guimarães. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Evandro Lins.