SERVENTUÁRIO DE JUSTIÇA — CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO — PROVA MEDIANTE JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL

— A justificação judicial deve ser apreciada em cada caso concreto, para o efeito de comprovar o exercício no serviço público, reservando-se a administração a faculdade de solicitar ao interessado novos esclarecimentos.

— Sem vínculo com o poder público, mas somente com o titular, considerado empregador, não pode ser contado como de serviço público o prestado por antigos empregados de cartórios.

PARECER

1. Fazemos sempre severas restrições à aceitação das justificações judiciais como meio de prova para fins administrativos.

Não só a justificação judicial, em si mesma, como assinalam os doutos (Cf. DE PLÁCIDO E SILVA. *Comentários ao Cód. do Proc. Civil.* 3.º volume), tem um valor bastante relativo, pois no seu julgamento não se pode pretender a afirmação ou declaração do direito do justificante, nem o documento por ela formado constitui um título hábil desse mesmo direito; apenas destina-se a compor a prova pretendida, para que seja apreciada em processo regular.

Além disso, consideramos também a maneira pela qual as justificações se processam em nosso foro. Uma justificação judicial apresentada por servidor público constitui sempre o prelúdio da defesa de futura reivindicação perante o estado, quer administrativamente, quer em juízo, para cuja fundamentação, em regra, o servidor não dispõe de *nenhum outro meio* de provar o que requer. Entendemos que, não obstante se trate de processo de jurisdição voluntária, os representantes da Procuradoria-Geral do Estado regularmente citados, não devem limitar-se a fazer presença, mas, sim, adotar todas as providências atinentes ao elucidamento do fato que se pretende comprovado: reinquirir as testemunhas, contrariar depoimentos, e pronunciar-se sobre os documentos apresentados.

Entretanto, raramente os fatos que são expostos na petição inicial chegam a ser, ao menos, testados por perguntas pertinentes.

2. Se fazemos restrições à aceitação das justificações em geral, muito maiores as temos, quando se trata de comprova rtempo de serviço público, normalmente apurável *dia a dia.*

Os funcionários, para comprovação do seu tempo de serviço, exibem certidões e mapas minuciosos, que examinamos com o maior rigor. Uma falta, um dia de licença a mais, um afastamento não relevável por lei, e a contagem do seu tempo de serviço, para aposentadoria ou adicionais, sofre descontos que, às vezes, repercutem desfavoravelmente no próprio reconhecimento de seus direitos.

Tais funcionários ficam, pois, em grande desvantagem perante aqueles que obtêm a comprovação de seu tempo de serviço mediante prova testemunhal.

Evidentemente, não se trata de confiar, ou não, na idoneidade moral, na boa-fé das testemunhas.

No presente caso, por exemplo, são estas do mais apreciável quilate, avultando entre elas a figura de antigo magistrado, que hoje honra o nosso foro como um dos seus mais ilustres e dignos advogados, e a quem tributamos o maior respeito.

Trata-se de confiar na *memória* dessas pessoas. Bem sabemos como é falha a memória humana no relacionamento de datas, ainda mais em épocas um tanto recuadas.

Como apurar-se, então, com o mesmo rigor, o tempo de serviço de uma pessoa que não foi admitida por documentos *escritos*, e aceitar, de testemunhas, a afirmação de que nunca se afastou do exercício de suas funções um dia sequer?

3. Entendemos, assim, que a justificação judicial deve ser apreciada, examinada, *em cada caso concreto*, reservando-nos, sempre, o direito de não aceitar a comprovação dos fatos expostos por esse meio, e de pedir novos e maiores esclarecimentos.

Ainda mais, ressalvamos sempre que, sendo o exame das justificações efetuado *in casu*, a aceitação de uma delas como meio de prova não deve de modo algum implicar em que se firme jurisprudência administrativa sobre o assunto.

Quanto à aceitação da comprovação do tempo de serviço por prova testemunhal, sustentamos só dever ser adotada em casos muito excepcionais, quando não haja absolutamente qualquer outro meio de prova, de modo a que haja risco de que sua rejeição venha a deixar em desamparo um servidor público ao fim de sua existência.

No caso deste processo, concordamos com o douto parecer *retro*, quanto à aceitação da presente justificação. O depoimento das testemunhas, valioso, sem dúvida, não chegou a precisar datas, entretanto. Mas o atestado de fls. 6, firmado pela Depositária Judicial, supre essa lacuna, já que se reporta a uma data concreta, data fácil de ser lembrada, pois *1.º de março* corresponde ao início dos trabalhos forenses anuais, em nosso estado.

4. Não concordamos, entretanto, com o parecer *retro*, de referência ao mérito do pedido, com a devida vênia.

Trata-se, neste caso, de computar como de *serviço público*, para fins de aposentadoria, o tempo em que a postulante desempenhou as tarefas de auxiliar do Cartório do Depositário Judicial da Comarca da Capital, de 1.º de março de 1946 até 11 de junho de 1962, data em que, por nomeação do governador do estado, passou a exercer o cargo de Escrevente Juramentada.

A peticionária juntou, como precedente, para o atendimento do seu pedido, o anexo despacho do Dr. Secretário da Justiça, acompanhado de parecer do digno Dr. Procurador-Geral do Estado, no qual idêntica pretensão de serventuário da justiça logrou desate favorável (fls. 21).

A questão é posta nos seguintes termos:

1.º — se o caso da postulante é idêntico ao da serventuária apresentada como paradigma;

2.º — se o tempo em que a postulante exerceu as funções de auxiliar de cartório do Depositário Judicial é considerado como de serviço público, e, portanto, computável para fins de aposentadoria.

5. Entendemos, *data venia* do ilustre signatário do parecer *retro*, que o presente caso não é semelhante ao do padrão apresentado.

O despacho e o parecer de fls. 21 referem-se a pessoa admitida a servir em um cartório de acordo com a Lei n.º 2.225, de 14 de setembro de 1929, art. 350 (Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia).

O dispositivo legal citado facultava aos escrivães e tabeliães admitir subescrivães e subtabeliães de sua *livre designação*.

Mas, em seus parágrafos, exigia desses subtabeliães e subescrivães que preenchessem certos requisitos, exigidos para os funcionários públicos em geral: ser brasileiro, estar em gozo dos direitos civis e políticos, residir no local, idoneidade moral, habilitação para a função (isto é, boa caligrafia e prática de negócios forenses).

A admissão de tais auxiliares dependia de *prévia aprovação* pelos juízes de direito, que deveriam *examinar* a documentação exibida para comprovação dos requisitos acima enumerados e exarar, no requerimento formulado pelo titular do cartório, o seu despacho de aprovação (art. 350, § 2.º).

Os tabeliães-escreventes assim designados tinham a competência para *substituir* os titulares até o prazo de oito dias (art. 396, § 2.º).

Cumpria exclusivamente ao juiz *demitir* esses auxiliares, quando se mostrassem incapazes, ou a pedido dos titulares dos cartórios. Essa demissão deveria ser efetuada mediante *portaria motivada* do juiz, com recurso para o Superior Tribunal de Justiça (art. 350. § 3.º).

Por sua vez, os titulares dos cartórios eram "garantes de seus prepostos" (art. 350, § 4.º), respondendo por quaisquer faltas ou prejuízos pelos mesmos porventura causados.

Diante de tantas exigências legais, poder-se-ia admitir que os auxiliares de cartórios admitidos em tais condições constituíam, efetivamente, uma espécie de servidores públicos *sui generis*.

Donde a conclusão do digno Procurador-Geral do Estado, a fls. 21, de que a requerente do aludido processo havia sido admitida a trabalhar em um serviço público, na forma prevista pela lei, etc. etc.

A postulante neste processo foi admitida em 1.º de março de 1946, como auxiliar de cartório.

Em 1.º de março de 1946, estava em vigor outra Lei de Organização Judiciária. Desde a Lei de Organização Judiciária de 1929 até então, haviam sobrevindo mais duas: o Decreto número 11.671, de 7.6.40, e o Decreto-lei n.º 247, de 2.7.44, então vigente.

A livre admissão de auxiliares para os serviços do cartório, como prevista na lei de 1929, sofrera, nas duas Leis de Organização Judiciária subseqüentes, notável evolução. Os subescrivães e subtabeliães haviam passado à categoria de auxiliares da justiça; portanto, já não eram mais livremente designáveis.

Os escrivães e tabeliães poderiam designar escreventes juramentados para auxiliá-los em seus cartórios, de acordo com o art. 146, sendo-lhes exigidos certos requisitos, "além dos necessários à investidura em qualquer função pública".

Mas, aí está a diferença, esses escreventes deviam ser *nomeados pelo governador do estado*, por solicitação dos titulares dos cartórios, ouvido o juiz ou o pretor.

Não é o caso da requerente, conforme consta do processo.

6. No caso padrão, poder-se-ia, talvez, vislumbrar, não obstante as peculiaridades que o tornam, como afirmamos, *sui generis*, um certo vínculo, ainda que tênue, entre o auxiliar de cartório e o poder público, seja nos requisitos para sua admissão, seja no controle disciplinar exercido pelo juiz sobre os mesmos, seja na forma de sua demissão, ou ainda na faculdade de substituição dos titulares, aos mesmos atribuída. Havia, inegavelmente, certo grau de *subordinação jurídica* entre tais auxiliares e o poder público.

No caso em foco, simplesmente a admissão da requerente *não era* prevista em lei. As admissões, que a lei de 1929 previa, tinham passado a ser feitas, nas de 1941 e 1944, pelo governador do estado, em relação aos escreventes juramentados.

O vínculo empregatício firmou-se, pois, neste caso, exclusivamente, entre a postulante e o titular do cartório, sem qualquer previsão legal nem participação do poder público.

Não podemos ver no caso, à vista dos elementos constantes do processo, na peticionária, quaisquer características de *servidor público*, ainda no seu conceito mais amplo, dentro do período citado, de 1946 a 1962.

Dir-se-á que, ainda dentro do aludido período, sobreveio a Lei n.º 175, de 2.7.49, também de organização judiciária. Esta lei, em nova evolução, passou a garantir aos escreventes juramentados, admitidos na forma da legislação anterior, com certo tempo de serviço, o *status* de subtabeliães e subescrivães (art. 309), e no seu art. 97 previu:

"Os auxiliares e serventuários da justiça poderão, com a devida ordem do juiz junto aos quais sirvam, admitir, além dos subescrivães, subtabeliães e suboficiais, para serviços do cartório e sob sua responsabilidade, pessoas habilitadas de sua confiança."

Ter-se-ia mudado o *status* da postulante diante desse dispositivo legal? Pensamos que não. Ainda aí continuamos a ver, nessas *pessoas de confiança* dos titulares dos cartórios, admitidos *com ordem do juiz* (mas sem nenhum controle ou supervisão deste), sob a *responsabilidade* dos mesmos, um vínculo empregatício entre os titulares dos cartórios e essas pessoas, regido pelas leis trabalhistas, mas *nenhum* vínculo com o poder público.

7. Que os serventuários e auxiliares de justiça são servidores públicos, é pacificamente aceito em nossa legislação e jurisprudência administrativa, ainda que nem sempre sejam os mesmos remunerados diretamente pelos cofres públicos. Admite-se que sejam servidores do estado que, por delegação deste, recolhem em seu próprio benefício as taxas, custas e emolumentos que o público paga aos cofres da administração. Pontes de Miranda (*Comentários à Const. Fed. de 1946*, 2.ª edição, v. V. p. 241), afirma que este é um *pagamento indireto*.

Sejam as custas recolhidas diretamente aos cofres públicos, para que estes por sua vez remunerem os serventuários e auxiliares da justiça, ou tenham estoutros a faculdade de recolher tais contribuições diretamente ao público, retendo-as para sua remuneração: de qualquer modo, em última analise, esses servidores são nomeados pelo poder público, juridicamente subordinados a este, e remunerados pelos cofres públicos, direta ou indiretamente. Aplica-se-lhes, também, o *regime estatutário*, seja através de legislação específica, seja, subsidiariamente, pela aplicação das normas estatutárias dos demais funcionários públicos.

Observe-se, aliás, que todas as citações feitas no brilhante despacho do Dr. Secretário da Justiça dizem respeito a serventuários e auxiliares de justiça nessas condições, aos quais se atribui desenganadamente a condição de *funcionários públicos de categoria especial*. (Até mesmo o parecer de Carlos Medeiros Silva (*Rev. de Direito Adm.*, vol. 21, p. 284), citado no referido despacho, refere-se especificamen-

te a um artigo oficial de justiça da Bahia, e conclui pela contagem do seu tempo de serviço público para aposentadoria, *se tal for admitido pelas leis do seu estado*).

Mas, no caso vertente, trata-se de *empregados* de auxiliares e serventuários, que não possuem, a nosso ver, nenhuma das características que definem o servidor público, mesmo na sua conceituação mais ampla, conforme veremos a seguir.

8. O que se poderia sustentar, em relação aos mesmos, seria o fato, incontestável, de exercerem atividade material de serviço público.

Isto, porém, não é o suficiente para caracterizar o *servidor público*.

Como assinala a doutrina nacional e estrangeira, exercem *atividade material de serviço público*, entre outros, o concessionário de serviços públicos, o empreiteiro de obras públicas, o comandante de um navio de marinha mercante, o cidadão no exercício do direito de voto, etc.

Nem por isso serão os mesmos considerados servidores públicos.

A nosso ver, seria necessário, para o fim que se requer, que a peticionária preenchesse as condições de *funcionária*, ou, ao menos, *empregada* do serviço público.

9. Embora *definir* o que seja *funcionário público*, em doutrina administrativa, seja tarefa inglória e difícil, ainda mais por só haver praticamente definições regionais, adaptadas aos textos de lei e à jurisprudência de cada país, existem em nosso direito positivo elementos para que, ao menos, possamos *caracterizar* o funcionário público:

1.º — investidura legal nos quadros da administração;

2.º — remuneração pelos cofres públicos;

3.º — subordinação às normas estatutárias da Administração a que servem (Cf. MEIRELLES, Hely. *Dir. adm. bras.*, ed. 1966, p. 341; CRETELLA JR. *Trat. de dir. adm.* v. IV, ed. 1967. p. 108 e seguintes).

Já vimos que os auxiliares e serventuários de justiça preenchem alguns desses requisitos, embora se situem em uma categoria especial, quanto à forma de remuneração e às normas estatutárias a que obedecem.

É evidente, entretanto, que tais requisitos não são preenchidos pelos empregados dos serventuários de justiça.

Poder-se-ia argumentar que os aludidos empregados constituiriam uma categoria especial de *empregados* do poder público.

Efetivamente, sempre os mesmos estiveram sujeitos ao regime das leis trabalhistas, tiveram regime previdenciário próprio, e usaram do foro trabalhista para solucionar suas controvérsias com os titulares dos cartórios a que estavam subordinados.

Abstraindo ainda o elemento *remuneração pelos cofres públicos*, seria necessário que existisse *relação de emprego direta* entre tais empregados e o poder público.

Segundo a autoridade de Orlando Gomes e Elson Gottschalk (*Curso de direito do trabalho*, 3.ª ed. p. 128 e 135), o elemento decisivo que caracteriza a relação de emprego é o *vínculo de subordinação jurídica* entre empregado e empregador.

Esse vínculo de subordinação jurídica se caracteriza pela possibilidade de livre admissão, livre demissão, pela subordinação disciplinar, pelo poder de comando e direção atribuído ao empregador:

"Na subordinação jurídica, se trata de um direito geral de fiscalizar a atividade de outrem, de interrompê-la ou suscitá-la à vontade, de lhe traçar limites ..... a direção e a fiscalização são os dois polos da subordinação" (COLIN. citado por GOMES. Orlando. e GOTTSCHALK, Elson. *op. cit.*).

Tudo isso existia entre *a pessoa* dos titulares de cartório e esses empregados, mas não diretamente entre o poder público e estes últimos. Tanto assim é que, na Lei n.º 175/49, não se atribui aos juízes, em suas correições,

nem à Corregedoria-Geral, nenhum poder disciplinar sobre tais empregados. Nas disposições da referida lei, pertinentes à direção e fiscalização dos trabalhos, aliás bastante minuciosas em relação ao trabalho dos auxiliares e serventuários, é como se os empregados destes últimos simplesmente não existissem.

Poder-se-ia argumentar que os mesmos foram admitidos ao serviço público mediante *delegação* do poder público aos titulares de cartórios que os empregaram.

Ainda aí, quando a Lei n.º 175/49 delegou aos titulares de cartórios a faculdade de admitir pessoas de sua confiança e *sob sua responsabilidade*, delegou-lhes também, *ipso facto*, a *qualidade de empregador*. Quando esses empregados reclamaram em juízo trabalhista os seus direitos, tais conflitos foram dirimidos entre eles e os titulares dos cartórios, estes como empregadores, sem nenhuma interferência do poder público.

Nossa sistemática trabalhista, aliás, ao que saibamos, repele a conceituação de relação de emprego indireta. Assim, por exemplo, não considera como empregado do contratante o trabalhador subcontratado por um empreiteiro; isto porque, repitamos, o elemento decisivo que caracteriza a relação de emprego é o vínculo de subordinação jurídica ou hierárquica (dever de o empregado cumprir as ordens do empregador).

Não existindo, portanto, nenhum vínculo direto entre o poder público e tais empregados, pensamos que seria forçar muito a amplitude da conceituação de servidores públicos para abranger aos mesmos, notadamente para o efeito que se pretende, *a não ser que a lei expressamente o autorizasse*, ou venha no futuro a autorizá-lo.

Somos, pois, pelo indeferimento do pedido, lamentando discordar, nessa parte, do brilhante parecer *retro*.

S.M.J.

Alice González Borges, Procuradora do Estado da Bahia.

Bônus da UNESCO

Facilidades especiais para importações, sem saída de divisas nacionais.
Livros, revistas, materiais científicos e audiovisuais são obtidos através dos bônus da UNESCO.
Os bônus são utilizados também para pagamentos de sociedades científicas e culturais, e de direitos autorais.
Atendem-se pedidos de bônus por correspondência.
Informações: Praia de Botafogo 186, Caixa Postal 21.120
Rio — GB — ZC-05 — Tel. 266-2856.