SERVENTUÁRIO DE JUSTIÇA — REMUNERAÇÃO

— Criado o cargo sem ônus para o Estado, os oficiais de justiça auxiliares não fazem jus a outra remuneração, além das custas e emolumentos pagos pelas partes.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Nº 217 803 — Capital — Apelante: Fazenda do Estado — Apelados: Adílio Martins de Moraes e outros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 217 803, da comarca de São Paulo, em que é apelante a Fazenda do Estado, sendo apelados Adílio Martins de Moraes e outros.

Os serviços forenses foram se avolumando de tal maneira em nossa Capital que, em 1964, a Corregedoria Geral, para solucionar a crise advinda do exíguo número de oficiais de justiça, insuficiente, resolveu editar o Provimento nº VII, criando, "sem quaisquer ônus para o Estado, e a título precário, um quadro especial de oficiais de justiça auxiliares, os quais serão distribuídos pelas Varas da comarca da Capital, de acordo com as necessidades e para suprir, enquanto for preciso, a falta de oficiais de justiça de nomeação do Executivo e do Judiciário".

Os autores foram nomeados para essas funções e agora ingressaram com esta ação em que pretendem ter direito pelo menos aos vencimentos do cargo de Oficial de Justiça.

Deu-lhes razão a sentença que se desenvolve em longas considerações, a respeito da impossibilidade legal da gratuidade do serviço público, não sendo lícito ao Estado locupletar-se com o trabalho alheio, sem remunerá-lo devidamente; ainda mais, uma vez que os autores exerceram "de fato" as funções de Oficial de Justiça, têm indiscutível direito aos vencimentos que a este eram normalmente pagos.

Não obstante as considerações da sentença que endossam o brilhante trabalho desenvolvido pelo digno patrono, quer na inicial, como nas razões, não há como aprovar-se a solução do litígio. No provimento que criou os cargos de oficiais de justiça auxiliares, bem explícito ficou que isto seria sem ônus para o Estado, o que é evidente, pois que é norma constitucional que a criação de cargos que importam em despesas, é da exclusiva ini-

ciativa do Poder Executivo (Constituição de 1946, art. 67, § 2º, Constituição de 1967, art. 60, nº II; Constituição de 1969, art. 57, nº II). Daí a restrição — sem ônus para o Estado — inserta no provimento, com o que concordaram plenamente os autores. É preciso convir, entretanto, que o serviço desses oficiais de justiça auxiliares jamais foram gratuitos. Só não tinham vencimentos pagos pelo Tesouro do Estado. Mas recebiam custas, emolumentos e diligências pelos trabalhos que desenvolviam. Essa forma de retribuição não é inusitada. Por muitos e muitos anos os oficiais de justiça não eram estipendiados pelo Estado. E até hoje, serventuários, tabeliães etc., de cartórios não oficializados, nada recebem diretamente na forma de vencimentos e ninguém ousará dizer que prestam gratuitamente seus serviços. Na realidade, conseguem vultosas, polpudas e invejadas rendas... Decorre, portanto, que nem o serviço dos autores era gratuito e por isso mesmo cai por terra o argumento de que não se permite o enriquecimento do Estado, o que deveras jamais ocorreu no caso dos demandantes. Também não se pode falar em exercício "de fato", porque se conceitua naquele em que o ato inicial da investidura, tendo apresentado o caráter de regularidade, é pouco depois anulado por vício insanável, ou naquele em que, pela existência de cargo, o exercício da função se caracteriza como prestação normal, não suscetível, durante a sua vigência, de aparência de irregularidade para o servidor colocado nessa situação. Absolutamente não houve para os autores nomeação irregular nem de exercício "de fato". Trata-se de situação peculiar em que, através de emolumentos que cobram quando realizam os serviços de que foram incumbidos, os oficiais de justiça auxiliares receberam legalmente as importâncias correspondentes ao trabalho produzido, pela forma prevista em lei.

Finalmente, não lhes melhora a posição a promulgação da Lei estadual nº 9 884, de 31.10.1967, em cujo art. 4º se proibiu a admissão, sem ônus para o Estado, para o serviço correspondente às atribuições do cargo de Oficial de Justiça. Vale a pena sublinhar que a admissão dos autores se deu muito antes, em 1964 e, assim, o citado dispositivo não pode ter efeito retroativo para beneficiá-los. Por outras palavras, a situação dos autores não mudou, marcada que está com a primitiva admissão para os cargos de oficiais de justiça auxiliares, sem ônus para o Estado. Não tem lugar, na espécie, a invocação ao já decantado princípio da isonomia. Como já se consignou, ainda agora existem serventuários da Justiça estipendiados pelo Estado e outros de cartórios não oficializados. Todos, cada qual em seus ofícios, desempenham as mesmíssimas tarefas e nem por isso se pode exigir do Estado que pague aos não oficializados o que remunera aos primeiros, com base no princípio da isonomia.

Por todo o expendido: Acordam, em 1ª Câmara Cível, por votação unânime, considerar interposto o recurso oficial e, por maioria de votos, prover aos apelos oficial e da Fazenda do Estado para julgar improcedente a ação, condenados os autores ao pagamento das custas e de honorários de advogado que fixam em 10% sobre o valor atribuído à causa.

São Paulo, 16 de junho de 1974 — Cardoso Rolim, Pres. e Relator designado — Geraldo Roberto, vencido em parte, com a seguinte declaração de voto: 1. Meu voto discordou em parte, porque provia aos recursos, reconhecendo aos autores direito aos vencimentos de Oficial de Justiça durante o tempo em que serviram sob o Provimento nº VII, de 1964, do Conselho Superior da Magistratura, mas apenas desde que entrou em vigor a Lei nº 9 884, de 1967, até que o Decreto de 31.7.1970

lhes regularizou a situação, exonerados, então, uns e aproveitados outros.

Chega a haver provimento, porque esse momento inicial não coincide perfeitamente com a data da prescrição decretada pela sentença e, além disso, há autores que foram exonerados antes até da Lei nº 9 884, de 1967.

Pelo meu voto, as custas do reembolso eram proporcionadas, em razão da sucumbência parcial que não se pode dizer mínima (art. 21, parágrafo único, do CPC), restando os juros moratórios e os honorários advocatícios como fixados pela sentença, apurando-se tudo em execução.

2. No Estado de São Paulo os oficiais de justiça se tornaram funcionários públicos pela Lei nº 593, de 31.12.1949, que lhes criou os cargos, isolados, de provimento efetivo. Percebiam tanto vencimentos do erário, quanto custas pagas diretamente pelas partes e pelos interessados nos feitos judiciais.

A par dos efetivos, surgiram os extranumerários, com tratamento equiparado percebendo custas e vencimentos.

Em 1956, o Provimento nº L, do Conselho Superior da Magistratura, autorizou a designação, pelos juízes de direito, de oficiais de justiça "ad hoc". Estes serviriam exclusivamente nos processos para os quais fossem nomeados, ou como substitutos em casos de férias e licenças, sempre que houvesse acúmulo de mandados. Percebiam somente as custas previstas para os atos que praticassem (n.os VIII e VII, § 2º).

Houve abusos e logo as designações dos oficiais de justiça "ad hoc" já não se faziam "para cada caso, como seria de rigor, mas em caráter semipermanente ou permanente", o que constituía uma situação irregular, que o Conselho Superior da Magistratura, em 1964, resolveu que "não podia subsistir".

Daí ter surgido o Provimento nº VII, de 1964, cujos considerandos também esclareciam que "os Poderes Executivo e Judiciário, por motivos diversos, não podiam prover a todas as necessidades, com a nomeação de efetivos e extranumerários" e que "estudos feitos demonstravam a viabilidade da criação de um quadro especial de oficiais de justiça auxiliares, sem quaisquer ônus para o Estado, mas com inegáveis vantagens para o serviço público e para a disciplina forense, além de regularizar uma notória situação de fato".

Assim, as nomeações de oficiais de justiça "ad hoc" foram declaradas sem valor: não mais receberiam mandados e tinham de recolher os não cumpridos. E foi criado, sem quaisquer ônus para o Estado e a título precário, um quadro especial de oficiais de justiça auxiliares, os quais foram distribuídos pelas Varas da comarca da capital, "de acordo com as necessidades e para suprir, enquanto fosse preciso, a falta de oficiais de justiça de nomeação do Executivo e do Judiciário" (art. 1º do Provimento nº VII, de 1964).

Ao lado dos efetivos e dos extranumerários surgiam, portanto, em 1964 os oficiais de justiça auxiliares, nomeados pelo Corregedoria Geral da Justiça, perante cujo Juízo Auxiliar prestavam compromisso, para servirem por um ano, podendo ser reconduzidos enquanto bem servissem (§ 2º do art. 1º do Provimento nº VII, de 1964).

Esses oficiais de justiça auxiliares "não percebiam vencimentos, nem contavam tempo de serviço público, e unicamente faziam jus às custas e emolumentos estritamente previstos no Regimento de Custas, e às despesas de condução (§ 1º do citado artigo).

No ano seguinte, a Corregedoria Geral da Justiça disciplinava a freqüência e regime de trabalho deles, na Portaria nº 26, de 1965, sem estabelecer qualquer di-

ferença entre os efetivos, os extranumerários e os auxiliares. Todos assinariam livro de ponto do cartório até às 13 h e permaneceriam no recinto, salvo necessidade de efetuar medida urgente, até às 14 h. Mediante escala, cada oficial, incluindo os auxiliares, um por vez, daria plantão diário na Vara. Os mandados seriam distribuídos entre todos, de acordo com o sistema que o MM. Juiz implantasse, até que a matéria fosse uniformemente regulada. A freqüência dos oficiais, sempre incluídos os auxiliares, seria certificado pelo escrivão, com visto do juiz, controlando-se, então, a existência de mandados por cumprir já fora do prazo legal ou judicial.

Em junho de 1970, o Provimento nº 9, da Corregedoria Geral da Justiça, confirmava o regime de trabalho igual para todas as três categorias de oficiais de justiça, fazendo pequenas alterações, como a hora da assinatura do ponto e os dias de permanência no Forum para atendimentos dos advogados e das partes (terças e quintas-feiras). Iguais continuaram as atribuições e responsabilidades tanto dos efetivos e extranumerários, quanto dos auxiliares, tudo como já dispunha a anterior Portaria nº 26, de 1965. Contudo, os auxiliares continuavam não recebendo vencimentos do erário, mas só as custas previstas no Regimento e as despesas de condução, ao passo que os efetivos e extranumerários percebiam também vencimentos do erário.

Essa situação igual com tratamento diferente perdurou até que o Decreto s/n., de 31.7.1970, alertando para o fato de que "havia oficiais de justiça no regime de percepção apenas de custas" — exatamente os oficiais de justiça auxiliares admitidos nos termos do Provimento nº VII, de 1964 — e alertando para o fato de que "a Lei de Paridade proibia a percepção de custas e emolumentos a servidor público", bem como que "o vigente Regimento de Custas abolira essa forma de remuneração", "autorizou a Secretaria da Justiça a admitir, a título precário, em caráter excepcional, os oficiais de justiça auxiliares que fossem indicados pela Presidência do Tribunal de Justiça entre os admitidos nos termos do Provimento nº VII, de 1964, do Conselho Superior da Magistratura", correndo as despesas por conta das verbas indicadas pela Presidência do Tribunal de Justiça.

3. Essa longa exposição se fez necessária, para melhor compreensão dos motivos da solução dada.

Indaga-se: têm os autores direito aos vencimentos do erário, enquanto serviram como oficiais de justiça auxiliares do Provimento nº VII, de 1964, ressalvadas as parcelas prescritas? Ou têm de contentar-se com as custas e emolumentos do Regimento, e com as despesas de condução, que receberam?

Minha resposta à indagação distinguiu: até à Lei nº 9 884, de 31.10.1967, os autores não têm direito a vencimentos do erário; depois, têm.

4. Antes da Lei nº 9 884, de 1967, era lícito o oficial de justiça auxiliar perceber exclusivamente as custas e despesas de condução. Não é nem mesmo relevante que a Portaria nº 26, de 1965, tenha dado aos auxiliares as mesmas atribuições e responsabilidades dos efetivos e extranumerários, os quais recebiam, afora custas e despesas, também os vencimentos do erário.

E nessa parte não dissenti da douta maioria. A ânimo isento não sensibilizam as considerações de locupletamento ilícito, de desigualdade de tratamento, de gratuidade de serviço, que foram as considerações fundamentais da sentença para conceder o "petitum" todo.

Se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em vir-

tude de lei (art. 153, § 3º, da Constituição da República, igual ao art. 141, § 2º, da Constituição da época do Provimento nº VII/64), bem podia o Conselho Superior da Magistratura ter criado aquele quadro de oficiais de justiça auxiliares antes da Lei nº 9 884, de 1967, pois só essa lei é que veio a obrigá-lo a deixar de fazer tal quadro. E bem podia, antes, sobretudo quando se tem presente o quanto aquele Provimento significou como medida correcional da irregular semipermanência e permanência de oficiais de justiça originalmente "ad hoc" e finalmente "ad omnia", desvirtuada sua finalidade, antes semelhante à que o art. 128 do CPC daquela época admitia para os escrivães, como eventuais auxiliares "ad hoc". E, em corolário, os autores também não eram obrigados a aceitar sua designação para o quadro formado pelo provimento.

Da parte dos autores existiu, portanto, uma aceitação inegavelmente consciente e voluntária daquela forma excepcional de designação que configurava, sem rebuços, um contrato de adesão, perfeitamente válido. A sentença chegou a aflorar esse aspecto da questão, embora logo o abandonasse, para dar relevo ao que considerou uma investidura aparente, com efeitos jurídicos determinados pelo exercício válido de uma função pública.

Todavia, o que deve prevalecer é o entendimento de que se formou verdadeiro contrato de adesão, regular até que a Lei nº 9 884, de 1967, proibindo-o, desguarneceu o Conselho Superior da Magistratura e a Corregedoria Geral da Justiça do direito de manter aquele quadro de oficiais de justiça auxiliares, paralelo ao de oficiais efetivos e extranumerários com encargos e disciplina iguais, mas sem a percepção de vencimentos do erário.

Afinal, gratuito é que não foi o serviço dos oficiais de justiça auxiliares. Apenas não recebiam a mesma paga que os efetivos e extranumerários. Nem se pretenda que para o Estado o serviço saía gratuito, por serem pagas as custas e emolumentos, bem como as despesas de condução, diretamente pelas partes e pelos interessados do processo. A verdade é que o Estado poderia ter estabelecido, no Regimento de Custas, que tais verbas fossem todas recolhidas a seus cofres. Se o Estado permitiu o pagamento direto aos servidores, não quer isso dizer que os autores trabalharam gratuitamente para o Estado.

Também não merece ser erguida a bandeira do enriquecimento ilícito. Havia remuneração por essa forma e, assim, não ocorria enriquecimento ilícito do Estado, salvo se se considerasse aquela parcela de menor gasto, pelo Estado, para obter igual trabalho do servidor, já que não pagava aos oficiais auxiliares os vencimentos, saídos dos seus cofres, como pagava aos efetivos e extranumerários. Nessa altura entram os repisados princípios da isonomia e do "a igual trabalho deve corresponder igual paga", que não deixa de ser um aspecto da mesma isonomia. Contudo, o art. 141, § 1º, da Constituição da época do Provimento nº VII, de 1964, não impunha por si só igual remuneração, no caso; e o "a trabalho igual, igual paga" não estava guindado a preceito constitucional, figurando antes na CLT (art. 5º). Ora, por único e igual que tenha sido o regime de trabalho e disciplina, desde a Portaria nº 26, de 1965, inexistia identidade de situações, que é a base da isonomia. Bastaria ressaltar a diferente nomeação: dos oficiais efetivos e extranumerários, por ato do Sr. Governador do Estado e do Sr. Presidente do Tribunal, mediante concurso; e dos oficiais auxiliares, por simples ato de designação do Sr. Corregedor Geral da Justiça, que avocara a si a tradicional nomeação dos "ad hoc". Essa diferença básica se refletia em conse-

qüências transcendentes, como a possibilidade de os oficiais auxiliares terem outro serviço sem as sanções que, nessa hipótese, sofreriam os efetivos e extranumerários; ou como a impossibilidade de sofrerem a penalidade, possível aos efetivos e extranumerários, de retenção dos vencimentos, se conservassem mandados fora dos prazos legais ou judiciais.

Logo, inexistindo identidade de situações e conseqüências, é inaplicável o princípio da isonomia. E no serviço público não havia preceito imperativo de que funções iguais devessem receber remuneração igual ("Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça" VII/386).

Demais, o princípio sempre acatado, de que são estatutárias as relações entre o Estado e seus servidores, validava o estabelecimento da situação do Provimento nº VII, de 1964, verdadeira contratação por adesão que, antes da Lei nº 9 884, de 1967, só poderia ser repudiada, se se visse sufocada a boa-fé dos aderentes. Ora, os autores não lograram demonstrar que estiveram ludibriados em sua boa-fé, nem mesmo os que foram admitidos antes da Portaria nº 26, de 1965, que regulamentou deveres e obrigações. Havia recondução ânua, o que significava renovação do compromisso e da adesão. Somente depois da Lei nº 9 884, de 1967, é que os autores ganharam direito aos vencimentos, continuando como auxiliares, porque desde esse momento aquele quadro formado pelo Provimento nº VII, de 1964, já não podia ser mantido sem desvirtuação da norma estatutária, imposta por lei obviamente também ao órgão administrativo. Desguarnecida a autoridade administrativa, urgia a revisão judicial da contratação, como ora se faz.

5. Com efeito, como já está dito três e quatro vezes, depois da Lei nº 9 884, de 1967, os autores passaram a ter direito também aos vencimentos, desde que continuaram servindo como oficiais de justiça auxiliares.

É que o art. 4º dessa lei proibiu terminantemente a prestação de serviço de oficial de justiça sem ônus para o Estado. Disse o texto legal: "Não serão permitidas admissões para fins de prestação, sem ônus para o Estado, de serviço correspondente às atribuições do cargo de Oficial de Justiça". Antes dessa proibição, era lícito designarem-se oficiais de justiça "sem quaisquer ônus para o Estado"; depois, porém, a existência dessa categoria de servidores do Provimento nº VII, de 1964, estava vedada por lei e os já admitidos deviam ter sido dispensados, por mais que isso pudesse cortar corações, ou perturbar o bom andamento dos trabalhos forenses. Procurasse a Administração outra solução, como afinal procurou mediante o Decreto s/nº, de 31.7.1970, se pudesse haver colapso do serviço forense.

Urge afastar o contra-argumento de que a Lei nº 9 884, de 1967, proibia admissões, mas os autores já estavam admitidos e a lei não retroage.

É fato que a lei disse "não serão permitidas admissões", com o emprego do verbo no tempo futuro, o que, além do sentido mandamental, indica a rigor que a lei não retroage, dispondo só para o presente e o futuro. Também é verdade que os autores já tinham sido admitidos antes da Lei nº 9 884, de 1967, pois foram designados em 1964 e em 1965, como mostram os documentos de fls. (três autores estão sem documentos, mas há de se admitir terem sido admitidos na mesma época, pois vale a afirmação deles de que estão na mesma situação dos demais autores e essa afirmação não foi contestada pela Fazenda).

Todavia, mesmo que se considerasse muito fraca a sinonímia entre "admissões para fins de prestação de serviço", com a

própria "prestação de serviços", ainda será possível vencer o contra-argumento com a simples observação de que os oficiais foram admitidos pelo prazo de um ano, podendo ser reconduzidos enquanto bem servissem. Logo, embora apenas de modo tácito, os autores foram sendo reconduzidos anualmente. Quando sobreveio a proibição da Lei nº 9 884, de 1967, a Administração não mais podia tolerar que eles fossem reconduzidos e que eles prestassem serviços de oficial de justiça sem ônus para o Estado.

E a recondução bem pode ser tácita, não havendo norma que a exija expressa. Nem se queira ver no recebimento das custas e emolumentos, bem como das despesas de condução, um ônus para o Estado, diante da motivação antes desenvolvida no sentido da não-gratuidade do serviço. Se o Estado poderia ter determinado que as partes e os interessados recolhessem a seus cofres aquelas custas e emolumentos e despesas, que eram pagos diretamente aos oficiais, o fato é que não o determinou e, assim, embora o serviço fosse pago, não era pago pelo Estado, que, dessa forma, não se onerava, não tinha ônus. Sob esse aspecto havia como que a contratação direta do servidor pelas partes e pelos interessados nos processos judiciais, como, de resto, a história do Direito Comparado revela, em várias oportunidades, a autonomia da função (cf. primoroso parecer de José Afonso da Silva, *in* RT 341/48).

5. Por tais razões, ousei dissentir parcialmente da douta maioria — Participou do julgamento, com voto vencedor, o Des. Tomaz Rodrigues.