Conselho Nacional de Justiça

Natureza jurídica dos serviços notariais — Inaplicabilidade da vedação ao nepotismo às serventias extrajudiciais

Pedido de providências nº 200910000000060

Relator: Conselheiro Rui Stoco

Requerente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso

Requerido: Conselho Nacional de Justiça

Assunto: Ministério Público — Mato Grosso — Ofício 2543/2008/GAB/PGJ — Nomeação — Escreventes auxiliares — Serventia extrajudicial — Natureza jurídica — Função pública — Ocorrência — Nepotismo — Art. 20 da Lei nº 8.935/1994 — Resolução nº 07/CNJ — Resolução nº 20/CNJ — Súmula Vinculante nº 13/STF — Existência — Repercussão geral

Justificativa de voto convergente do conselheiro ministro João Oreste Dalazen

Trata-se de pedido de providências em que o Ministério Público de Mato Grosso pleiteia que se declare, "ante a incidência da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça, e da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, proibida a prática de nepotismo em todos os órgãos e serviços notariais e registrais

do Brasil, vedando-se expressamente a **nomeação** (sic) de parentes dos titulares dos serviços notariais para os cargos previstos no art. 20 da Lei nº 8.935/1994".

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

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

> Art. 236. Os serviços notariais e de registro **são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público.**
> §1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e **definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.**
> §2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.
> §3º **O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos,** não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.
>
> (destaque nosso)

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

Daí que o titular de serventia extrajudicial, precisamente porque não integra a administração direta ou indireta do Estado, conquanto exerçam atividade estatal, em rigor técnico não é e nem se equipara a *servidor público*. Tanto que o Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal assentou que não é alcançado pela aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade, a que alude o art. 40 da Constituição Federal.

Eis a ementa do apontado acórdão:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO Nº 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **NOTÁRIOS E REGISTRADORES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS.** INAPLICABILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/1998. **EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS.** INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O art. 40, §1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC nº 20/1998, está restrito aos

> cargos efetivos da União, dos estados-membros , do Distrito Federal e dos municípios — incluídas as autarquias e fundações. *2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do poder público — serviço público não privativo.* **3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos,** *não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado art. 40 da CB/88 — aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade.* 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.
>
> (STF, Tribunal Pleno, ADI 2.602/MG, relator p/ Acórdão ministro Eros Grau, j. 24/11/2005)

É clássica a doutrina brasileira, de outro lado, mesmo antes de sobrevir o atual art. 236 da Constituição Federal, em reputar os titulares de serventia extrajudicial como "agentes delegados", que atuam em colaboração ao poder público. Por todos, ensinava o saudoso Hely Lopes Meirelles:

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

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

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

É, portanto, da *natureza pública* dos serviços prestados pelos notários e registradores, mediante delegação, que decorre o poder fiscalizatório exercido pelo Poder Judiciário — inclusive pelo Conselho Nacional de Justiça — sobre os atos notariais e de registro.

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

Trata-se de algumas das inúmeras regras de *ordem pública* explicitadas na Lei nº 8.935/94 e que visam resguardar a rapidez, a atualidade, a universalidade, a qualidade e a eficiência na prestação de atividade pública delegada ao particular.

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

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

Nessa mesma perspectiva, bem se compreende igualmente a Resolução nº 20/2006 do CNJ, que, também em nome da proscrição do nepotismo, veda ao delegatário extrajudicial a *contratação* de parente de magistrado incumbido da atividade de corregedoria dos respectivos serviços de notas e de registro, estendendo tal proibição aos parentes de desembargador do Tribunal de Justiça em que "desempenhado o respectivo serviço notarial ou de registros". Justifica-se semelhante proibição porque se insere na órbita do acenado regime de direito público que vincula o delegatário ao Estado, em que se impõe sobrepairar o princípio da moralidade administrativa inscrito no art. 37 da Constituição Federal.

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

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

> Art. 21. *O* **gerenciamento administrativo** *e* **financeiro** *dos serviços notariais e de registro é da* **responsabilidade exclusiva do respectivo titular**, *inclusive no que diz respeito às* **despesas de custeio, investimento e pessoal**, cabendo-lhe

> estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos *de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços*.
> [...]
> *Art. 41. Incumbe aos notários e aos oficiais de registro* praticar, **independentemente de autorização,** todos os atos previstos em lei necessários à **organização e execução dos serviços**, *podendo, ainda, adotar sistemas de computação, microfilmagem, disco ótico e outros meios de reprodução*. (grifo nosso)

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

Como se vê, o sistema normativo vigente atribui ao titular de serventia extrajudicial a prerrogativa de *organizar e gerir* os serviços administrativos da serventia segundo critérios próprios de conveniência e oportunidade. Logo, os encargos decorrentes da gestão do negócio cartorial são do respectivo titular, razão por que lhe cabem, segundo a lei, a receita e o prejuízo oriundos da execução do serviço delegado.

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

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

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

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

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

Como se sabe, o art. 20 da Lei nº 8.935/1994 assegura ao delegatário, igualmente, *ampla liberdade de contratação* dos empregados que o auxiliarão no desempenho de suas funções:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> A *nomeação* de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade *nomeante* ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, *para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta* em qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

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

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

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

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

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

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

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

Considerou-se, acertadamente, que é inaceitável o agente público proporcionar função pública a uma pessoa que tenha, com o nomeante, laços de parentesco, transpondo para dentro de um *órgão público* um padrão doméstico de relações, *tudo às expensas do Estado e mediante vínculo jurídico com o Estado*.

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

Indago: é esta a situação ora sob exame?

Manifesto que não.

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

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

Mais ainda: segundo o art. 22 da Lei nº 8.745/1994, cabe aos notários e oficiais de registro, e não ao Estado, responder pelos *danos* que tais empregados eventualmente causem a terceiros.

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

Qual o bem ou valor de interesse *público* a tutelar, com a acenada interferência, numa relação jurídica eminentemente privada, sob o ângulo do gerenciamento e organização do cartório?

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

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

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

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

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

No tocante ao argumento suscitado pelo ilustre conselheiro Joaquim Falcão de que "a questão não é de direito, mas de se determinar a política de recursos humanos que melhor atende ao princípio da moralidade e eficiência de um servi-

dor público", reputo-o incompatível, *data maxima venia*, com o regime jurídico das serventias extrajudiciais.

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

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

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

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

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

É como voto.

Brasília-DF, 9 de junho de 2009.

Ministro João Oreste Dalazen
Conselheiro Vistor

RELATÓRIO
Conselheiro Joaquim Falcão

Trata-se de pedido de providência apresentado pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso em face deste Conselho Nacional de Justiça a fim de esclarecer o alcance da Resolução nº 07/2005 deste CNJ e da Súmula nº 13 do Supremo Tribunal Federal, que proíbem a prática do nepotismo, às serventias extrajudiciais.

Alega que os serviços extrajudiciais são exercidos em caráter privado, mas por delegação do poder público. Tais serviços compõem a estrutura do Poder Ju-

diciário e por isso devem estar submetidos aos princípios costitucionais da administração pública.

Pede que seja esclarecido o alcançe da Resolução nº 07/2005 do CNJ e da Súmula nº 13 do STF, declarando-se proibida a prática do nepotismo em todos os órgãos e serviços notariais e registrais do Brasil.

Manifestaram-se nos autos as associações: Colégio Notarial do Brasil; Associação de Registradores de Pessoas Naturais do Brasil — Arpen; Associação dos Notários e Registradores do Brasil — Anoreg; Colégio Registral do Rio Grande do Sul; Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo — Sinoreg-SP, além de outros interessados.

Argumentaram, em suma, que:

1. a fiscalização do Poder Judiciário sobre as serventias está ligada à prestação de serviços, não compreendendo a contratação de pessoal e, portanto, este Conselho não teria competência para analisar a questão;
2. a atividade é exercida em caráter privado, sendo o titular responsável pelas custas e riscos financeiros de seu exercício;
3. a livre contratação é válida desde que não afete a eficiência, celeridade e segurança dos serviços prestados;
4. não há dano efetivo à administração por não gerar custos ao erário. Os funcionários são contratados por regime celetista e as obrigações e responsabilidades recaem sobre o titular;
5. que o art. 20 da Lei Federal nº 8.935/94 permite a livre contratação dos funcionários pelo titular da serventia;
6. que os titulares das serventias não são funcionários públicos posto que, entre outros fatores, não se aplica a eles a aposentadoria compulsória aos 70 anos, a gestão financeira não está submetida à fiscalização do Tribunal de Contas e seus atos não são respaldados pela Responsabilidade Civil da Administração, posto que respondem diretamente pelo que praticam.

O Ministério Público do Mato Grosso juntou sentença de Ação Civil Pública proferida pelo TJRS que anulava contratação de filha de titular como substituta da serventia extrajudicial.

O conselheiro Rui Stoco, relator do presente PP, votou no sentido de negar provimento à consulta inicial, entendendo, portanto, que os notários e registradores não estão submetidos às regras acerca do nepotismo estabelecidas para os agentes públicos.

É o relatório.

VOTO
Conselheiro Joaquim Falcão

Alcance da Resolução nº 07 do CNJ

O alcance da Resolução nº 07 do CNJ, que proíbe a prática do nepotismo já foi objeto de apreciação neste Conselho no PCA 156, ao que se decidiu:

> *Pedido de Providências. Nepotismo. Consulta sobre o alcance de Resolução editada pelo CNJ. Pertinência dos questionamentos. — Cabe esclarecer que a Res. 7, de 18.10.2005 aplica-se aos órgãos do Poder Judiciário nacional, não alcançando, portanto, os tribunais de contas*. Isso, contudo, não significa que a prática do chamado "nepotismo cruzado", disciplinado no art. 2º, inciso II, da Res. nº 7, de 18.10.2005, não possa ou não deva ser combatida no âmbito do próprio Poder Judiciário (CNJ — PCA 156 — Rel. cons. Douglas Alencar Rodrigues — 16ª Sessão — j. 11.04.2006 — DJU 24.04.2006, Ementa não oficial).

Este Plenário entendeu que a Resolução nº 07 não se aplicaria aos tribunais de contas pois se direciona aos órgãos do Poder Judiciário, categoria a que os TCs não pertencem.

Tal decisão foi objeto de argumento no sentido de se afastar, também, a incidência do nepotismo nas serventias extrajudiciais.

Entretanto, entendo se tratarem de questões distintas. A decisão sobre o Tribunal de Contas é diferente desta em questão pois, ao contrário do que ocorre com as serventias extrajudiciais, os Tribunais de Contas não estão submetidos à supervisão do Judiciário. O Poder Judiciário não é responsável pelos serviços prestados por estes tribunais. Estes são, inclusive, órgãos auxiliares do Poder Legislativo, e por isso não enquadráveis em decisões direcionadas ao Poder Judiciário.

Enunciado Administrativo nº 01 do CNJ

O Enunciado Administrativo nº 01 deste CNJ, cujo precedente foi a decisão no Pedido de Providência nº 861, de minha relatoria, assim dispõe:

> O) Aplica-se a Resolução nº 7 deste CNJ às nomeações não concursadas para serventias extrajudiciais.

Portanto, resta proibida a prática do nepotismo nas nomeações não concursadas para as serventias extrajudiciais.

Conforme o conselheiro Rui Stoco apresentou em seu voto, nomear significa, segundo De Placido e Silva, "escolher alguém para ocupação de cargo ou função".

Deve-se entender, entretanto, a abrangência dos termos "cargo" e "função". Acaso essas expressões são exclusivas do poder público?

Ao que sei, não. Toda empresa tem um plano de cargos e salários para seus funcionários. "Cargo", segundo definição do Aurélio, é *"função ou emprego público ou particular"*.

E os administrativistas, em suas definições, especificam estarem tratando de "cargo público" ou "função pública", a exemplo de Hely Lopes Meirelles ao definir:

> *Cargo público* é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser promovido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei.

E Celso Antônio Bandeira de Mello:

> *Funções públicas* são plexos de atribuições criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidos por *titular de cargo efetivo,* da confiança da autoridade que as preenche (art. 37, V, da Constituição, com a redação dada pelo "Emendão").

Ou seja, "cargo" e "função" são gêneros que permitem espécies distintas; cargos públicos e funções públicas, bem como cargos privados e funções privadas. Tanto é assim que no art. 95 da Constituição não se especifica se o cargo ou função de professor que o magistrado pode exercer é público ou privado. Podem ser ambos. Ou seja, cargo e funções não são conceitos restritos ao funcionalismo público. São conceitos da ciência da administração em geral.

Assim, o Enunciado Administrativo nº 01 não se restringe somente ao titular, abrangendo também os ocupantes dos demais cargos existentes na serventia e determinando, portanto, que a todos se aplica a Resolução nº 07 do CNJ.

Proibição do nepotismo nas serventias extrajudiciais

1. A doutrina, em sua legitima ânsia de clareza em geral trabalha com tipologias dicotômicas. Se considera-se a serventia extrajudicial como órgão do Poder Judiciário, deve estar submetida aos princípios regedores da administração pública e, portanto, às regras acerca de nepotismo elaboradas para os agente públicos. Não sendo, há total liberdade para contratação de pessoal. Nem a realidade organizacional da justiça é dicotômica. Nem as inferências lógicas desta dicotomia são unívocas.
2. No caso das serventias extrajudiciais, estamos diante de uma zona cinzenta.
    1. os serviços notariais são exercidos por agentes públicos;
    2. são delegações do poder público;

3. seus atos são dotados de fé pública;
4. suas atividades são reguladas por lei;
5. seu funcionamento é supervisionado pelo Poder Judiciário;
6. são destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos;
7. os serviços prestados não podem, portanto, ser equiparados aos serviços comumente terceirizados como os de limpeza ou transporte;
8. são percebidos pela população como respaldados pelo Poder Judiciário, em que este garante, fiscaliza e aprova a prestação de serviços;
9. são financiados por recursos destinados à prestação de um serviço público;
10. sua atuação administrativa está submetida ao controle deste Conselho Nacional de Justiça;
11. as serventias extrajudiciais compõem o Poder Judiciário.

Se é assim, a questão não é de direito, mas de se determinar a política de recursos humanos que melhor atende ao princípio da moralidade e eficiência de um serviço público. O que nos impede de determinar que a regra para os órgãos diretos do Poder Judiciário sejam as mesmas para os serviços judiciais, na medida em que ambos integram-se na mesma finalidade: a administração da justiça?

3. Na realidade, este CNJ, ao decidir um caso ou responder a uma consulta, faz dois movimentos importantes para a administração da justiça. O primeiro movimento, mais óbvio e de curto prazo, reconhece ou não a pretensão das partes. Julga o caso concreto e individual. O segundo movimento, como neste pedido de esclarecimento, o que o CNJ está de fato fazendo, e aqui sua função maior, além do transindividual, é definir qual a melhor política de administração da justiça que atende aos princípios constitucionais.

Nada nos impede de aplicar a regra contra nepotismo não apenas nos órgãos diretamente do Poder Judiciário, mas dos serviços que participam da administração da justiça.

São muitos pois os caminhos, sendo que o único que não devemos descartar de antemão é o caminho da inovação, do aperfeiçoamento, da modernização, da reforma. Só a reforma do Poder Judiciário legitima o Conselho Nacional de Justiça. Nada mais. Esta é a nossa *raison d'etre.*

Neste caso, este pedido de esclarecimento nos dá a oportunidade de, evidentemente sem contrariar a lei, inovar os costumes. Aliás, não custa nada lembrar que no Brasil colônia apenas duas instituições, e ambas por concessão real, eram hereditárias: as capitanias e os cartórios, invenção portuguesa. Peço que os senhores me acompanhem num raciocínio não como de praxe, dogmático dedutivo, mas dogmático indutivo.

4. Algum dos senhores diria que uma fundação privada seria um órgão do Poder Judiciário? Uma fundação educacional privada para cegos? Ou uma fundação de amigos do museu do estado? Mas atentem para a Resolução nº 68 da Curadoria de Fundações do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro:

> Art. 48. É vedada a participação simultânea em dois ou mais órgãos de administração da fundação, salvo como membro nato e, nesse caso, com os impedimentos pertinentes.
> §1º Não poderão participar, simultaneamente, do mesmo órgão, cônjuge e parentes, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau inclusive, estando essas pessoas impedidas de participar de deliberações de interesse umas das outras.

Esta Resolução foi elaborada há 30 anos pelo jurista Sérgio D'Andrea e sua legalidade nunca foi contestada. São instituições privadas nas quais não pode haver contratação de parentes.

E o motivo é simples e saudável. É importante que a sociedade tenha certeza de que a finalidade social que justifica a fundação em nenhum momento poderá ser maculada com eventuais interesses familiares de fundadores administradores.

Ou seja, nada impede que consideremos como de interesse público que neste momento em que a situação e o descontrole dos serviços extrajudiciais, e mais a insistente e protelária reação que eles têm tido às decisões do CNJ e em cumprir a lei — realizar os concursos — nada impede que a política de recursos humanos de interesse público proíba o nepotismo nestes serviços. Como aliás o Supremo já o faz para os três poderes por súmula vinculante a partir da patriótica decisão da primeira composição deste Conselho.

5. Sugiro, *data venia,* que os senhores conselheiros leiam a excelente série que começa a ser publicada no *Jornal do Commercio* do Recife sob o título "Cartórios na Mira da Justiça" (26 abril 2009, Economia, p. 8 e 9 — <http://jc3.uol.com.br/jornal/2009/04/26/not 328125.php>), relatando o excelente trabalho que lá vem realizando o presidente do Tribunal de Justiça, Des. Jones Figueirêdo Alves, e o corregedor-geral. Leiam e indaguem se alguma das pessoas lesadas acredita que Poder Judiciário é uma instituição e cartório é outra? Para o usuário, um ou outro se confundem. O cartório na percepção do cidadão é Poder Judiciário. Devemos lembrar de Hamlet em seu monólogo ao comandar: "Ajuste o gesto à palavra, a palavra ao gesto, e cuide de não perder a simples naturalidade". Ajustemos pois a percepção popular de que os serviços extrajudiciais prestam serviços da administração da justiça, e não percamos a naturalidade. Pois nesta naturalidade encontra-se nossa maior legitimidade.

6. Será que estes serviços não estão sujeitos aos princípios regedores da administração pública judicial presentes no art. 37 da Constituição Federal? Podemos afirmar isto? Ou seja, o corregedor, ao fiscalizar a serventia extrajudicial, observa ou não os princípios do art. 37 da Constituição? Se observa e aplica, deve aplicar todos os princípios elencados, inclusive o da moralidade e, portanto, aplicar também a proibição do nepotismo.

No mesmo sentido se posicionou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Ação Civil Pública 030/1.04.0003296-5, oportunidade em que considerou nula a contratação de substituta por ser a contratada filha do titular da serventia:

> Constitucional e Administrativo. Registrador. Contratação de substituto. Nepotismo. Impossibilidade. — 1. O registrador e o notário desempenham função pública, e, portanto, suas atividades se subordinam a todos os princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da CF/1988. Em tal hipótese, não lhes é dado contratar parente — no caso, o filho —, transformando o serviço registral em sinecura familiar, passível de sucessão universal, sem ofensa aos princípios da moralidade e da impessoalidade. A sucessão do pai pelo filho à testa do serviço registral contraria o princípio republicano. 2. Apelação provida.

7. Neste sentido entendo que se devam aplicar as regras de controle de nepotimso aos serviços extrajudiciais. No entanto, modulo minha decisão. Os atuais funcionários de cartórios foram nomeados e exercem sua profissão em boa-fé dentro de uma tradição de que, não sendo órgãos diretamente do Judiciário, não estariam sujeitos às regras de controle do nepotismo. Neste sentido entendo que a regra deve ser aplicada *ex nunc* em prol do princípio da segurança jurídica administrativa que melhor atende aos interesses dos usuários e da eficiência judicial.

Entendo, então, que as serventias extrajudiciais, por serem prestadoras de serviços públicos, devem estar submetidas a todos os princípios que regem a administração pública. Assim, *voto pelo conhecimento e procedência do pedido inicial, entendendo que a proibição do nepotismo direcionada aos agentes públicos se estende aos notários e registradores com efeitos ex nunc*.

É como voto.

Brasília, 27 de abril de 2009.

Joaquim Falcão
Conselheiro