
CONCURSO PÚBLICO E CARTÓRIOS NA CONSTITUIÇÃO: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DA SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

OFFICIAL EXAMINATION TO ACCESS PUBLIC NOTARY'S OFFICE ON THE CONSTITUTION: ANALYSIS OF THE GENERAL SECRETARY FOR JUDICIAL LITIGATION PERFORMANCE AND THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT

Natália Ribeiro Machado

Advogada da União

Atua no Departamento de Controle da Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União

Pós-graduada em Direito Processual Civil, Recursos Cíveis

SUMÁRIO: 1 Contextualização; 2 Os argumentos desenvolvidos pela SGCT; 3 Os fundamentos acolhidos pelo STF; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 instituiu a exigência de concurso público para o acesso às funções públicas, inclusive para o ingresso na atividade notarial e de registro. A Lei nº 8.935/1994 regulamentou o ingresso na atividade cartorária. Titulares de serventias declaradas vagas pelo Conselho Nacional de Justiça questionaram no Supremo Tribunal Federal a necessidade de concurso público para investiduras ocorridas posteriormente à Constituição de 1988, mas anteriormente à Lei nº 8.935/1994, bem como a validade daquelas efetivadas sem concurso público, posteriormente à previsão legal mencionada, tendo em vista o princípio da segurança jurídica e o prazo decadencial de revisão do atos administrativos. A Secretaria-Geral de Contencioso defendeu a necessidade de concurso público para ingresso na atividade cartorária. Para tanto, abordou-se a autoaplicabilidade do artigo 236, § 3º, da Constituição Federal de 1988; a impossibilidade de incidência do princípio da segurança jurídica e do prazo decadencial do artigo 54 da Lei nº 9.784/99, diante de situações inconstitucionais, e; a relevância dos princípios da moralidade, da legalidade e da impessoalidade. Esse principais argumentos foram acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu que é autoaplicável o mencionado artigo constitucional; que inexistente prazo para controle, pelo Conselho Nacional de Justiça, de atos administrativos flagrantemente inconstitucionais, tendo em vista que não se convalidam no tempo, não se lhes aplicando a decadência comum, e; que os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade devem nortear o acesso às funções públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Concurso Público. Acesso. Funções Públicas. Serventias. Atividade Notarial. Lei nº 8.935/1994. Conselho Nacional de Justiça. Supremo Tribunal Federal. Segurança Jurídica. Prazo Decadencial. Revisão do Atos Administrativos. Secretaria-Geral de Contencioso. Autoaplicabilidade. Artigo 236, § 3º, da Constituição. Artigo 54 da Lei nº 9.784/99. Inconstitucionalidade. Princípios. Moralidade. Legalidade. Impessoalidade.

ABSTRACT: The Constitution of 1988 (CF/88) established the requirement of official examination to access public offices, as well as to access public notary's office. The Federal Rule nº 8.935/1994 regulates the notary's activity. Holders of notary's office which were declared in vacant by the National Council of Justice (CNJ) challenged on the Supreme Court (STF) the need of official examination after the CF/88, but before to Federal Rule nº 8.935/1994, as well as the validity of the nominations effected without official examination, considering the principle of

juridical stability and the limitation period for public administration to review its own acts. The Secretaria Geral de Contencioso (SGCT) defended the requirement of official examination to access public notary's office. Therefore, the SGCT defended the self-applicant of article 236, § 3º, CF/88; the no incidence of juridical stability principal and of article 54, Federal Rule nº 9.784/99, in unconstitutional situations, and the relevance of the principles of morality, legality and impersonality. This main arguments were accepted by the STF, which decided that article 236, § 3º, CF/88 is self-applicant; that there is no time limit for CNJ to invalidate notorious unconstitutional administrative acts; and that the republican principles of equality, morality and impartiality should guide the access to a public notary's office.

KEYWORDS: Constitution. Official Examination to Access Public Offices. Public Notary's Office. Federal Rule nº 8.935/1994. National Council of Justice. Supreme Court. Principle of Juridical Tablity; Limitation Period for Public Administration to Review its Own Acts. Secretaria-Geral de Contencioso. Self-applicant of Article 236, § 3º, CF/88. Article 54, Federal Rule nº 9.784/99. Unconstitutionality; Principles. Morality. Legality. Impersonality.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO

Este artigo busca demonstrar alguns dos aspectos enfrentados pelo Conselho Nacional de Justiça, Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União e Supremo Tribunal Federal relativamente à problemática das delegações de atividades cartorárias¹ empreendidas à revelia de concurso público, após a vigência da Constituição Federal de 1988.

Tal polêmica se intensificou a partir da brava atuação do Conselho Nacional de Justiça² que declarou a vacância de centenas de serventias

1 Serventias judiciais e extrajudiciais.

2 O § 4º do artigo 103-B da Constituição Federal determina: "Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços

de todo o País por considerar irregulares (inconstitucionais) os seus respectivos atos de delegação.

Efetivamente, a Constituição Federal de 1988 instituiu a exigência de concurso público para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas no artigo 37, incisos I e II, da seguinte forma:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Como se vê, portanto, a mencionada previsão constitucional, ao instituir a obrigatoriedade de concurso público, estabeleceu a igualdade de oportunidades aos cidadãos no acesso aos cargos ou empregos da Administração Pública, bem como rejeitou investidas fraudulentas, em homenagem aos princípios republicanos da igualdade, moralidade e impessoalidade.

As atividades notariais e de registro, embora desempenhadas em caráter privado, são autorizadas por meio de delegação do Poder Público, sendo-lhes aplicável, quando cabível, as regras de direito público vigentes.

notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa”.

Quanto ao tema, aliás, em defesa da União, em caso relativo a cartórios, na AC nº 2.696, tive a oportunidade de apontar a jurisprudência assentada pela Corte Suprema, por ocasião do julgamento da ADC-MC nº 12, na qual firmou-se “a extrema relevância do papel do CNJ como órgão central de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário”, cabendo-lhe “a) ‘zelar pela observância do art. 37 [...]’; b) ‘apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário’; c) ‘podendo desconstituí-los’ [...], ‘revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei’; [...] baixar os atos de sanação de condutas eventualmente contrárias à legalidade é poder que traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato”.

Assim, há previsão, decorrente de redação elaborada pelo poder constituinte originário, que impõe a necessidade de concurso público para exercício na atividade notarial e de registro:

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

§ 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.

Ocorre, contudo, que apesar de tal previsão constitucional, apenas em 18 de novembro 1994, por meio da Lei nº 8.935, houve regulamentação do mencionado dispositivo constitucional. A chamada *Lei dos Cartórios* regulamentou os serviços notariais e de registro, estabelecendo, de forma detalhada, no Capítulo I do Título II, regras especiais relativas ao ingresso na atividade cartorária³.

Diante da previsão legal atinente ao ingresso na atividade cartorária, em 1994 (portanto, seis anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988), os titulares de algumas serventias declaradas irregulares pelo Conselho Nacional de Justiça passaram a questionar a efetiva necessidade de concurso público para investiduras ocorridas posteriormente à Carta de 1988, mas anteriormente à referida Lei nº 8.935/1994.

Pôs-se em exame, assim, a efetividade da norma constante no artigo 236, parágrafo 3º, se dotada de executoriedade operativa (eficácia

3 Art. 14. A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos: I - habilitação em concurso público de provas e títulos; [...] Art. 15. Os concursos serão realizados pelo Poder Judiciário, com a participação, em todas as suas fases, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de um notário e de um registrador. § 1º O concurso será aberto com a publicação de edital, dele constando os critérios de desempate. § 2º Ao concurso público poderão concorrer candidatos não bacharéis em direito que tenham completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro. [...] Art. 16. As vagas serão preenchidas alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e uma terça parte por meio de remoção, mediante concurso de títulos, não se permitindo que qualquer serventia notarial ou de registro fique vaga, sem abertura de concurso de provimento inicial ou de remoção, por mais de seis meses. (Redação dada pela Lei nº 10.506, de 9.7.2002) Parágrafo único. Para estabelecer o critério do preenchimento, tomar-se-á por base a data de vacância da titularidade ou, quando vagas na mesma data, aquela da criação do serviço. Art. 17. Ao concurso de remoção somente serão admitidos titulares que exerçam a atividade por mais de dois anos. Art. 18. A legislação estadual disporá sobre as normas e os critérios para o concurso de remoção. Art. 19. Os candidatos serão declarados habilitados na rigorosa ordem de classificação no concurso.

plena e auto-aplicabilidade), ou; programática (eficácia contida ou limitada).

De acordo com a lição clássica de José Afonso da Silva⁴, “pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de aplicabilidade direta, imediata e integral”. Isso quer dizer que a aplicação do dispositivo constitucional prescinde de qualquer outro comando que regulamente seus contornos. Diga-se que, mesmo que venha a ser editada lei que o faça, o comando constitucional, por si mesmo, já é dotado de operatividade integral. Já as normas constitucionais de eficácia contida ou limitada, no entanto, são justamente o contrário, tendo em vista que sua plena executoriedade está limitada pela necessidade de regulamentação infraconstitucional.

Além disso, surgiu, ainda, a discussão sobre a validade das investiduras efetivadas sem concurso público mesmo posteriormente à previsão legal acima transcrita, tendo em vista o princípio da segurança jurídica e o prazo decadencial de revisão do atos administrativos.

De se frisar, no ponto, que muitas dessas delegações declaradas vagas pelo Conselho Nacional de Justiça haviam sido autorizadas (e estavam em pleno funcionamento) há mais de vinte anos, aspecto que, certamente, conduz o operador do direito a uma sensação amarga de desrespeito à segurança jurídica, decorrente de um sentimento de justiça de que a delegação, mesmo que irregular, seria convalidada no tempo.

Essas questões foram levadas ao Supremo Tribunal Federal, por meio de inúmeras ações originárias, especialmente mandados de segurança individuais, em regra impetrados pelos então titulares de serventias declaradas vagas pelo Conselho Nacional de Justiça⁵.

Em muitos dos casos, os argumentos dos impetrantes se repetiam; dentre eles, os principais eram os seguintes: a) o artigo 236, § 3º, da CF/88 não seria norma de eficácia plena e autoaplicável; b) a perpetuidade na titularidade deveria ser reconhecida tendo em vista a ocorrência de grande lapso temporal, entre a efetivação e a declaração de vacância da serventia, sob o prisma da segurança jurídica; e, c) o artigo 54 da Lei nº 9.784/99, que prevê lapso temporal para que a Administração Pública reveja seus próprios atos deveria ser aplicada.

Assim, todas essas questões, levadas à Suprema Corte, em incontáveis casos de declaração de vacância de serventias pelo Conselho

4 Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 81.

5 A competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente as ações contra o Conselho Nacional de Justiça decorre do artigo 102, inciso I, alínea r, da Constituição (determinação incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Nacional de Justiça, foram alvo de estudo e defesa elaborada pela Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União.

2 OS ARGUMENTOS DESENVOLVIDOS PELA SGCT

Acima se contextualizou, resumidamente, a problemática enfrentada e os principais argumentos apresentados pelos interessados (autores e impetrantes) nas ações que objetivavam a nulidade das declarações de vacância de serventias promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Adiante, procurar-se-á demonstrar cada um dos argumentos desenvolvidos pela Secretaria-Geral de Contencioso.

Como se disse, uma das argumentações trazidas nas referidas ações consistia na alegação de que o art. 236, § 3º, da Constituição Federal conteria norma de eficácia limitada, motivo pelo qual a realização de prévio concurso público para a delegação de serviços notariais e de registro somente seria exigível a partir da Lei nº 8.935/94.

Em defesa, argumentou-se que tal afirmação é contrária à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a norma contida naquele dispositivo constitucional é autoaplicável. Para tanto, apontou-se o entendimento pacificado pela Segunda Turma do STF, no RE-AgR nº 229.884, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 14.06.05, no qual se determinou que a *“simples leitura do art. 236 revela que a eficácia da regra prevista no parágrafo 3º independe da edição de qualquer lei para sua aplicação”*⁶.

Diante disso, portanto, alegou-se que a norma constitucional que exige prévio concurso público para a delegação dos serviços notariais e de registro (bem como para remoção) produz todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

De acordo com o relatado, um dos argumentos trazidos pelos interessados, para se manterem indevidamente na titularidade das serventias, era o de que o princípio da segurança jurídica deveria proteger as situações nas quais decorridos longo lapso temporal, entre a efetivação e a declaração de vacância da serventia. Além disso, também se defendia a incidência do prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei nº 9784/99.

No ponto, a linha de raciocínio da União partiu da premissa de que, ao Conselho Nacional de Justiça, foi atribuída a função de editar atos normativos primários, em decorrência de comando constitucional (Art.

6 Por todos, cite-se o agravo regimental interposto pela União no MS-MC 29.642, donde se extraiu tal argumento.

103-B, § 4º: “*expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência*”). Para tanto, alegou-se a existência de jurisprudência do Plenário do STF nesse sentido, por ocasião da ADC-MC 12⁷.

Foi necessário, ainda, esclarecer acerca da aparente antinomia existente entre os artigos 54 da Lei nº 9.784/99⁸ e 91, parágrafo único, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça.

O mencionado artigo 54 prevê que o direito da Administração Pública de “*anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé*.”

Entretanto, o artigo 91 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça tem o seguinte teor:

Art. 91. O controle dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário será exercido pelo Plenário do CNJ, de ofício ou mediante provocação, sempre que restarem contrariados os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição, especialmente os de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas dos Estados.

Parágrafo único. *Não será admitido o controle de atos administrativos praticados há mais de cinco (5) anos, salvo quando houver afronta direta à Constituição.*

Assim, sob o argumento de que a norma regimental tem natureza primária, por retirar seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal, desenvolveu-se a tese de que a aparente antinomia deveria ser resolvida pelo critério da especialidade, de modo que o preceito especial deveria prevalecer sobre o preceito geral, da seguinte forma: como regra, aplica-se, aos processos administrativos realizados por entidade ou órgão federal, o artigo 54, *caput*, da Lei nº 9.784/99; porém, especificamente com relação aos processos administrativos em curso perante o Conselho Nacional de Justiça, “*no âmbito de sua competência*” (CF, artigo 103-

7 Por todos, cite-se o agravo regimental interposto pela União no MS-MC 29.696, donde se extraiu tal argumento.

8 Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

B, § 4º, inciso I), prevalece a norma contida no artigo 91, parágrafo único, de seu Regimento Interno (*lex specialis derogat generali*)⁹.

Ademais, reforçou-se o empenho do Conselho Nacional de Justiça para tornar realidade os princípios da moralidade e da legalidade no preenchimento de serventias extrajudiciais, cuja criação havia sido pensada justamente para zelar pela observância dos princípios constitucionais dispostos no artigo 37 (inciso II do § 4º do art. 103-B), sem que lhe fosse constitucionalmente imposto nenhum limite temporal para o exercício de suas competências.

Alegou-se, ainda, que o princípio da segurança jurídica não poderia sustentar situações flagrantemente inconstitucionais como as dos casos relatados (artigo 236, § 3º, CF/88). Assim, reforçou-se que, quanto ao ato administrativo que afronta diretamente a Constituição Federal, não há que se falar em decadência administrativa, tendo em vista que “o decurso do tempo não pode servir para perpetuar irregularidades que corroem a credibilidade do Estado Democrático de Direito”¹⁰.

Além do mais, elaborou-se o argumento subsidiário de que, independentemente da disposição contida no parágrafo único do artigo 91 do RICNJ, não seria aplicável o artigo 54 da Lei nº 9.784/99 porque a decadência administrativa atinge apenas os atos anuláveis, mas não aqueles que são nulos, como o são os atos inconstitucionais.

Para tanto, a União apontou a tese desenvolvida por Juarez Freitas:

qual a abrangência do art. 54 da Lei 9.784/99 [...]?

[...]

o sistema impõe outras ressalvas além daquela expressamente constante no art. 54 (‘salvo comprovada má-fé’), cumprindo ao intérprete verificar, de modo criterioso, se está perante uma destas outras situações, aptas a configurar nulidade absoluta, mais do que anulabilidade. Dito de outro modo, torna-se indispensável discernir bem e perceber se se está diante de um ato absolutamente nulo (sem

9 “Foi exatamente o que decidiu o Ministro Ayres Britto no MS-MC n.º 28.060: ‘Quanto à suposta decadência (art. 54 da Lei nº 9.784/99), averbo ser o referenciado dispositivo legal aplicável em casos de auto-tutela da Administração em relação a seus próprios atos. Ora, o Conselho Nacional de Justiça exerce o controle externo do Judiciário. Em palavras outras, trata-se de tutela externa. Pelo que, no caso, o mencionado art. 54 da Lei nº 9.784/99 não se aplica ao CNJ’. O argumento foi reiteradamente desenvolvido nas peças da União, cite-se, por todos, o agravo regimental interposto no MS-MC 29.696.

10 Trecho retirado de informações prestadas pelo Conselho Nacional de Justiça, constantes em diversos autos referentes aos casos analisados.

prazo decadencial para suprimi-lo) ou de ato anulável (com prazo decadencial para anulá-lo). Em relação a tão-somente este último é que se aplica, pois, o prazo decadencial previsto no dispositivo sob comento. [...] se, no plano formal, a nulidade for gravíssima, absoluta e intransponível, então o vício será essencial e insanável, não se deixando jamais convalidar pela ação do tempo, nem havendo o menor sentido, nos limites do sistema, em falar de prazo decadencial para a decretação da nulidade.

Tome-se o exemplo veemente e infelizmente nem tão insólito de uma *nomeação de servidor, sem a aprovação em concurso público, para ocupar cargo efetivo e, portanto, completamente desbordante das hipóteses legais. Semelhante nomeação jamais, sob hipótese nenhuma, poderá ser convalidada, tal a monta de ofensa aos princípios e ditames constitucionais*, sem embargo da imposição técnica de dispensar tratamento justo aos atos válidos praticados por funcionário de fato, dada a irrelevância da vontade subjetiva do agente na seara administrativista, além da necessidade de resguardo da confiança e da boa-fé dos administrados. Contudo, a nomeação, em si mesma, padece, no caso figurado, de mal incurável. Nasceu sem alma, juridicamente falando.

Pelo visto e respondendo, conclusivamente, à questão [...], sobre qual a abrangência do art. 54 da Lei 9.784/99, sugerimos esta como sendo a melhor inteligência: o direito-dever de a Administração Pública anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, salvo se se tratar de ato de nulidade absoluta, porquanto em relação a estes seria desproporcional cogitar da aplicação do referido prazo decadencial¹¹.

Nesse contexto, alegou-se a impossibilidade de se manter delegação efetivada à margem de concurso público, por refletir situação inconstitucional, que não se convalida no tempo. De se dizer, além do mais, que a União esclareceu sobre a correta adequação entre os princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica, ao enfatizar que, se, de um lado, o ingresso no serviço público sem a prévia aprovação em concurso determina o afastamento do servidor a qualquer

11 Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari [et al.] (coord.). As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 98-104. No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos: Os atos administrativos nulos “não produzem efeitos jurídicos e sua nulidade pode ser argüida a qualquer tempo” (Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 129).

tempo (nulidade de ato inconstitucional), de outro, é preservado o seu direito ao recebimento da remuneração relativa ao trabalho prestado (respeito à segurança jurídica).

Outro argumento apresentado, de forma subsidiária, foi o de que, mesmo que considerado o prazo decadencial previsto pelo artigo 54 da Lei nº 9.784/99, o termo inicial deve ser contado da data em que a inconstitucionalidade do ato de delegação do serviço notarial ou de registro tornou-se conhecida pelo Conselho Nacional de Justiça, na forma como decidido pelo Ministro Joaquim Barbosa no MS-MC nº 26.045. Isso porque o termo inicial não pode ser contado em momento anterior à própria previsão de competência do CNJ, órgão que nasceu a partir da Emenda Constitucional 45/2004.

Argumentou-se, ainda, sobre a nulidade dos atos de remoção de titular de serventia ocorrida sem concurso público de provas e títulos, por não observância do requisito procedimental estabelecido pelo parágrafo terceiro do artigo 236 da Constituição Federal¹², no qual se determina a exigência de prévia aprovação em concurso de provas e títulos tanto para a delegação original dos serviços notariais e de registro, como também para as delegações ulteriores, realizadas por meio de remoção. Tal argumento, como se demonstrou, aliás, estava em conformidade com o entendimento proferido no MS-MC nº 28.950, julgado em 13.09.10, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.

No ponto, é de se frisar o intenso esforço empreendido pelos advogados da Secretaria-Geral de Contencioso para demonstrar, caso a caso, a ocorrência de inúmeras remoções efetivadas em nítida ofensa aos princípios da moralidade pública e da impessoalidade. É que, muitas vezes, a delegação de serventias extrajudiciais lucrativas eram transferidas, quase que hereditariamente, de pai para filho, por meio de permutas, entre cartórios de baixa rentabilidade (de titularidade de descendente) pelos de alta rentabilidade (de titularidade de ascendente), sem qualquer observância ao princípio do concurso público.

Buscava-se demonstrar, portanto, o que acontecia em termos práticos, que era o seguinte:

A renda do serviço extrajudicial posto no concurso local, em regra, é insignificante, circunstância que diminui significativamente o número de concorrentes. [...] Empossado, aquele que foi aprovado

12 Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. [...] § 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.

em concurso local para uma serventia de baixa renda (em regra pessoa jovem) obtém, por meio de permuta (e, portanto, sem a concorrência inerente aos concursos públicos), a titularidade de serventia bastante rentável.

A serventia mais rentável, no mais das vezes, tem por titular pessoa mais velha. E o patronímico dos permutantes é o mesmo.

Pequenos serviços extrajudiciais que sequer informam suas rendas ao Sistema Justiça Aberta foram inúmeras vezes utilizados como trampolim para permuta com cartório mais rentável [...].

Outras vezes, logo após ser usado de trampolim para a permuta, o serviço extrajudicial de pequena renda foi extinto. [...]

Percebe-se, portanto, que as permutas burlam a regra do concurso público, perpetuam famílias nos serviços judiciais mais rentáveis e permitem até mesmo verdadeira ‘venda do ponto’ por aqueles que estão em vias de se aposentar e são ‘donos’ de serviços rentáveis, tudo em afronta à forma republicana de governo e aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência.¹³

Assim, diante de tantos argumentos, não poderia se conceber a convalidação de delegações inconstitucionais por ofensa aos princípios do concurso público, da moralidade e da impessoalidade.

3 OS FUNDAMENTOS ACOLHIDOS PELO STF

Apresentadas as principais linhas de defesa da União, elaboradas pelos advogados da Secretaria-Geral de Contencioso, cumpre agora revelar-lhes o sucesso obtido nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

O principal julgamento no qual foram apreciadas as questões aqui colocadas foi o MS nº 28.279, relatoria da Ministra Ellen Gracie, o qual se usará para apresentar todos os fundamentos acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto à primeira questão, relativa à eficácia do artigo 236, § 3º, da Constituição Federal, se de conteúdo limitado ou pleno, que ponderava

13 Trecho de informações prestadas pela Corregedoria Nacional de Justiça, repetido em diversas peças elaboradas, a exemplo do agravo regimental no MS nº 29.225, do agravo regimental no MS nº 29.263, da manifestação no MS nº 30.811, do agravo regimental no MS nº 29.225, das contrarrazões no MS nº 30.808.

acerca da necessidade de concurso público para a delegação de serviços notariais e de registro desde a vigência da Carta Magna ou se somente a partir de Lei n.º 8.935/94, a Suprema Corte, no julgamento do MS nº 28.279, reiterou a sua jurisprudência, afirmando, peremptoriamente, que o artigo 236, § 3º, da Constituição Federal é norma autoaplicável.

Assim, ao confirmar a eficácia plena do artigo 236, § 3º, CF/88, o Tribunal Supremo rejeitou a tese de que somente com a edição da Lei nº 8.935/1994 teria a norma constitucional se tornado exigível e, portanto, determinou que, nos termos da Constituição Federal, fosse para provimento de serventias vagas, fosse para fins de remoção, sempre se fez imprescindível a submissão a concurso público. Veja-se trecho da decisão, na parte que interessa:

1. O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma auto-aplicável.
2. Nos termos da Constituição Federal, sempre se fez necessária a submissão a concurso público para o devido provimento de serventias extrajudiciais eventualmente vagas ou para fins de remoção.
3. Rejeição da tese de que somente com a edição da Lei 8.935/1994 teria essa norma constitucional se tornado auto-aplicável.
4. Existência de jurisprudência antiga e pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido da indispensabilidade de concurso público nesses casos (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 126/RO, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 05.6.1992; 363/DF, 552/RJ e 690/GO, rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 03.5.1996 e 25.8.1995; 417/ES, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 05.5.1998; 3.978/SC, rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJe 29.10.2009).

Nesse julgamento, também a tese de que não existe prazo para o controle, pelo Conselho Nacional de Justiça, de atos administrativos inconstitucionais, foi igualmente acolhida pelo Plenário do STF. Nessa oportunidade, o Pleno negou provimento a agravo interno interposto pelo impetrante, confirmando assim, integralmente, a decisão monocrática proferida pela Ministra Ellen Gracie, no sentido de que o Conselho Nacional de Justiça pode anular atos administrativos inconstitucionais mesmo após o decurso do prazo de cinco anos.

No ponto, de se ressaltar a interessante tese, inédita na jurisprudência da Suprema Corte, de que atos flagrantemente inconstitucionais não se convalidam no tempo, não sendo a eles

aplicável a regra de decadência comum, prevista na Lei do Processo Administrativo. Nessa linha de pensamento, a Suprema Corte entendeu que o artigo 54 da Lei nº 9.784/1999 não poderia se sobrepor a um comando previsto na Constituição, sob pena de subversão da ordem constitucional. Diante disso, após 1988, qualquer delegação de atividade cartorária necessariamente deveria obedecer a regra constitucional do concurso público. Observe-se o seguinte trecho da ementa do acórdão proferido no MS nº 28.279:

5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal.

6. Existência de jurisprudência consolidada da Suprema Corte no sentido de que não há direito adquirido à efetivação de substituto no cargo vago de titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição pretérita, na redação atribuída pela Emenda Constitucional 22/1983, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição de 1988.

7. Reafirmada a inexistência de direito adquirido de substituto que preencheria os requisitos do art. 208 da Carta pretérita à investidura na titularidade de Cartório, quando a vaga tenha surgido após a promulgação da Constituição de 1988, pois esta, no seu art. 236, § 3º, exige expressamente a realização de concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro.

De se ressaltar, também, um outro aspecto compreendido pelo Plenário da Suprema Corte, que foi o fundamento quanto à inconstitucionalidade sob o viés dos princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade, que devem nortear o acesso às funções públicas.

Por abranger os principais pontos alegados, bem como os fundamentos mais relevantes da problemática aqui analisada, transcreve-se, abaixo, o tocante voto da Ministra Ellen Gracie, relatora do MS nº 28.279:

O Congresso Nacional se esforçou para dar à Nação uma Constituição verdadeiramente republicana, que é hoje considerada uma das mais avançadas do mundo.

A Constituição-cidadã inaugurou uma nova era, ao deixar expressa a exigência de concurso público para o provimento das serventias extrajudiciais vagas ou para fins de remoção.

Imbuídos do espírito genuinamente republicano, nossos Constituintes romperam com a tradição política feudal de atribuições de titulações de cartórios.

A Constituição de 1988 instaurou a legitimidade em relação ao provimento das serventias notariais e de registro em nosso País.

É que vivíamos até a promulgação da atual Constituição como se estivéssemos ainda no Império. As titularidades de cartórios equivaliam, na prática, a algo parecido às extintas concessões de baronato, criando-se uma espécie de classe aristocrático-notarial, atualmente inadmissível.

Hoje um jovem de origem modesta também pode sonhar em ingressar em tão importante atividade, sem depender de favores de autoridades, bastado para tal desiderato vocação e dedicação aos estudos.

A esta Suprema Corte foi legada a maior de todas as missões: ser guardiã da Constituição da República Federativa do Brasil. Como juízes da mais alta Corte de Justiça deste País, não podemos e não devemos transformar a Constituição em refém de leis e de interpretações contrárias ao espírito da própria Lei Maior.

Os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade devem nortear a ascensão às funções públicas.

Os milhões de brasileiros e brasileiras que se debruçam diariamente sobre livros horas a fio a estudar em busca de um futuro melhor não merecem desta Suprema Corte resposta que não seja o repúdio mais veemente contra esses atos de designação ilegítimos.

É com o brilhante voto da Ministra Ellen Gracie, quase um desabafo relativo às tantas questões postas em discussão no MS nº 28.279, que se conclui o presente estudo, no qual se demonstrou o sucesso dos argumentos apresentados pela União, por meio de dedicada atuação da Secretaria-Geral de Contencioso nas diversas ações, então propostas no Supremo Tribunal Federal, sobre o tema analisado.

4 CONCLUSÃO

Diante do que se expôs, conclui-se que a jurisprudência da Suprema Corte se firmou de forma favorável à exigência de concurso público para todas as atividades cartorárias cujos titulares nelas tenham ingressado posteriormente à Constituição Federal de 1988, o que revela o sucesso dos argumentos apresentados pela dedicada atuação da Secretaria-Geral de Contencioso.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari [*et al.*] (coord.). Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006.