

A PEC 471-A e a Consulta

1. A Comissão Especial da Câmara dos Deputados instituída para apreciar a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 471-A aprovou substitutivo oferecido pelo Relator, o Sr. Deputado *João Matos*, do seguinte teor, no que interessa:

"Art. 1º. O art. 236 da Constituição passa a vigorar acrescido do seguinte § 4º:

Art. 236 ...

§4º. A inobservância do prazo fixado no § 3º deste artigo importará a prática de ato de improbidade administrativa nos termos da lei. (NR).

Art. 2º. Fica outorgada a delegação da titularidade dos serviços notariais e de registro àqueles designados substitutos ou responsáveis pelas respectivas funções até 20 de novembro de 1994 e que, na forma da lei, encontrarem-se respondendo pela serventia há no mínimo cinco anos ininterruptos imediatamente anteriores à data de promulgação desta Emenda Constitucional."

2. O § 3º do art. 236 da Constituição, referido no proposto § 4º pelo substitutivo, dispõe:

"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".

3. Tem-se, pois, que o substitutivo aprovado pela Comissão Especial propõe a introdução no texto constitucional:

- a) De uma regra *permanente*, o § 4º do art. 236, tendente a reforçar a exigência de concurso público para a seleção dos delegatários da "atividade notarial e de registro", a ser aberto no prazo de seis meses da



vacância da serventia, na medida em que comina à omissão da autoridade competente as sanções da improbidade administrativa (CF, art. 37, § 4º).

- b) De uma regra *transitória* que outorga a delegação da titularidade dos cargos atualmente vagos a quem satisfizer aos dois requisitos temporais estabelecidos: que tenham sido designados substitutos ou responsáveis pela serventia até 20 de novembro de 1994 – isto é, até a véspera da publicação e entrada em vigor da L. 8.935/94, que “regulamenta o art. 236 da Constituição Federal” –, e que nessa situação se mantenham, pelo menos, nos cinco anos ininterruptos anteriores à promulgação da emenda constitucional proposta.

4. O objeto da consulta com que me distingue a Anoreg/Br – Associação dos Notários e Registradores do Brasil – é a constitucionalidade ou não da norma transitória do substitutivo, à vista do disposto no art. 37, II, e no art. 236, § 3º, da Constituição antes transcrito (n.1, *supra*), dado o art. 60, § 4º, IV, da Lei Fundamental, que veda seja objeto sequer de deliberação a proposta de emenda “tendente a abolir (...) os direitos e garantias individuais”.

II

Emendas à Constituição Inconstitucionais

5. Compreende-se a preocupação subjacente à consulta.
6. O poder de reforma da Constituição é uma função por ela própria instituída: do seu exercício derivam normas constitucionais, mas *secundárias*, que encontram no texto originário da Lei Maior, que o institui e regula, o fundamento de sua validade e conseqüente incorporação à Constituição mesma.
7. Vale dizer que pende a validade das emendas constitucionais promulgadas não apenas da observância das normas processuais ditas à elaboração delas, mas também, se for o caso – especialmente, nas constituições rígidas – do respeito aos limites materiais impostos pela Constituição originária à sua alteração: segue-se ser indiscutível, em tese, a possibilidade de *emendas constitucionais* formal ou materialmente *inconstitucionais*.



8. São assertivas que – salvo raríssimas exceções, como as de *Carl Schmitt* e de *Loewenstein* – se podem considerar incontestáveis na teoria geral das constituições, de modo a dispensar referências bibliográficas daqui ou de alhures.
9. Questão diversa é indagar da eficácia real que a esse axioma teórico tem emprestado a jurisdição constitucional do controle de validade de normas, malgrado a sua virtual universalização a partir do segundo pós-guerra.
10. Assim é que a *Suprema Corte dos Estados Unidos* – modelo inicial do nosso complexo sistema de controle da constitucionalidade de leis –, embora provocado por diversas vezes, jamais se abriu ao exame da validade material de uma emenda à Constituição ou a declarar a invalidez substancial de qualquer delas, assim como rejeitou as arguições de vícios processuais¹.
11. A mesma orientação restritiva foi trilhada pela *Suprema Corte de Justiça da Argentina*, até quando, em 1999, no Caso “*Fayt*”, declarou inconstitucional dispositivo da ampla revisão constitucional de 1994, no ponto em que minimizou a garantia de vitaliciedade dos magistrados e que se entendeu excedente dos limites materiais da lei convocatória da Convenção².
12. O ativo *Tribunal Constitucional Federal da Alemanha* – nos dias de hoje, tão celebrado por nosso Supremo Tribunal Federal –, embora não ponha em dúvida o seu poder de fazê-lo, nunca declarou a invalidez de uma emenda à *Lei Fundamental de Bonn* – malgrado, num dos casos, com expressiva dissidência e críticas doutrinárias de peso, quando entendeu constitucional a quebra do sigilo de correspondência e de comunicação por decisão administrativa insusceptível de controle jurisdicional³.
13. No Brasil – diferentemente dos países referidos, além de outros tantos que se tem mantido no ponto na mesma linha de rigorosa contenção –, o Supremo Tribunal Federal jamais se negou a decidir das arguições de inconstitucionalidade formal ou material da emenda à Constituição Federal que lhe

¹ Oscar Vilhena Vieira: *A Constituição e sua Reserva de Justiça*, Malheiros, 1999, p. 141 ss.

² Alberto R. Dalla Via: *Colección de Análisis Jurisprudencial – Derecho Constitucional*, La Ley, p. 120.

³ Oscar Vilhena Vieira, *ob. cit.*, p. 148; Gilmar Ferreira Mendes: *Controle de Constitucionalidade*, Saraiva, 1990, p. 100.



foram submetidas e, no regime vigente da Lei Fundamental de 1988, a acolhê-las por diversas vezes, total ou parcialmente⁴.

14. Já ao fim da Primeira República, a propósito da extensa reforma constitucional patrocinada pelo Presidente *Arthur Bernardes*, o Tribunal, sem discrepância nem maior discussão, declarou-se competente para decidir da impugnação à validade formal da emenda, embora, por maioria de votos, a repelisse⁵.

15. O tema volta à pauta, sob a Carta de 1969, no MS 20.257, quando se afirmou o cabimento do mandado de segurança e a legitimação ativa de qualquer congressista para impugnar a *mera tramitação* das propostas tendentes a ofender as cláusulas de intangibilidade da Constituição – então, ainda reduzidas à Federação e à República⁶: constituía-se, assim – a partir da vedação de que a proposta de emenda tendente a abolir cláusulas pétreas fosse sequer “*objeto de deliberação*” –, a única modalidade de controle jurisdicional *preventivo* de normas no direito brasileiro, construção que viria a ser reafirmada várias vezes, sob o regime vigente⁷.

16. A freqüência com a qual muitas das sucessivas emendas à Constituição tem sido submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal e a naturalidade com que este se tem disposto a apreciar cada uma das numerosas arguições de invalidez, assim como a acolher, total ou parcialmente, diversas delas, não se podem imputar exclusivamente a uma maior abertura das últimas gerações dos seus juizes a essa que é a mais eminente das modalidades do seu poder de controle da legitimidade de todas as escalas de normas infraconstitucionais.

⁴ V.g., ADin 926-MC, 01.09.93, rel. **Sydney Sanches**; RTJ 152/85; ADin 939, rel. **Sydney Sanches**, RTJ 151/755; ADin 2031, rel. **Ellen Gracie**; ADin 2.135-MC, rel. **Néri da Silveira**; ADins 3.105 e 3.128, 18.08.04, red. **Joaquim Barbosa**;

⁵ HC 18.178, rel. **Moniz Barreto**, 27.09.1926, Arg. Judic., 1931, XVII 5/342; RFor 47/748. **Gilmar Mendes**, ob. cit. p. 103; **J.P.S. Pertence**: *Controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais*, RBDP 1/135.

⁶ MS 20.257, 08.10.80, rel. **Moreira Alves**, RTJ 99/1031

⁷ V.g., MS 22.503, 08.05.98, rel. **Maurício Córrea**; MS 23.047, Rel. **Pertence**.



17. Essa inédita abertura da Corte ao controle da constitucionalidade de emendas constitucionais – sem dúvida, a sua função politicamente mais delicada –, antes se há de atribuir a imperativos da Constituição de 1988, cuja guarda lhe foi confiada: assim, em primeiro lugar, às dimensões e ao caráter analítico da própria Lei Fundamental; depois, à democratização, quiçá, seu paralelo, da legitimidade à provocação do controle abstrato da constitucionalidade de normas de toda e qualquer hierarquia infraconstitucional; finalmente, à extensão nominal do rol das cláusulas pétreas, em particular, entre elas, a dos “direitos e garantias individuais” (CF, art. 60, §4º, IV).

18. É notório que o alcance dessa cláusula ampla de intangibilidade, que a Constituição opôs ao poder de emenda, o Supremo Tribunal Federal se tem recusado a restringir ao rol – já em si extremamente generoso –, do seu art. 5º (no qual, de resto, se inseriram incisos, quais os relativos aos crimes hediondos (CF, art. 5º, XLIII, onde – como observou certa feita o em. Ministro *Gilmar Mendes* – não se podem divisar nem direitos nem garantias individuais, mas, ao contrário, nítida inspiração restritiva à liberdade).

19. Pelo contrário – na linha preconizada pela em. Ministra *Carmén Lúcia* – tende o Supremo Tribunal Federal a expandir a latitude do bloco de superconstitucionalidade do art. 60, §4º, IV, até onde se possam identificar “*desdobramentos do princípio da intangibilidade da essência da Constituição*”⁸, que se estendem a todos os direitos “*havidos no sistema como fundamentais para o homem*”⁹.

20. Malgrado em ambos os casos tenha sido voto vencido – quando me honrava de compor o Supremo Tribunal Federal –, são exemplares dessa orientação expansiva da cláusula pétrea cogitada os julgamentos da ADin 939 – que nela entendeu compreendida a regra da anterioridade da lei tributária (CF, art. 150, III, a)¹⁰, e da ADin 3.568 – que, igualmente, erigiu ao nível da intangibilidade por emenda constitucional o art. 16 CF, de modo a declarar invalidado o art. 2º da

⁸ **Carmén Lúcia Antunes Rocha**: “*Limites Constitucionais à Competência de Reforma Constitucional no Direito Brasileiro*”, *Ett. Ministro Adhemar F. Maciel*, Saraiva, 2001, p. 135, 141.

⁹ **Carmén Lúcia Antunes Rocha**, *ob. loc. cit.*, p. 158.

¹⁰ ADin 939, 15.12.93, Ministro **Sydney Sanches**, RTJ 151/755.



EC 52/06, que emprestava eficácia imediata à liberdade de coligações partidárias assimétricas¹¹.

III

21. À vista da crônica jurisprudencial bosquejada, é compreensível a cautela da consulente de forrar-se, desde logo, a impugnações que possam surgir, ainda no curso do trâmite no Congresso Nacional, à constitucionalidade da referida PEC 471-A, a qual, antes ou depois de sua eventual aprovação e promulgação, não é improvável que venha a ser questionada perante o Supremo Tribunal Federal.

22. Malgrado compreensível a consulta antecipada, a dúvida possível que lhe está subjacente não se me afigura de maior consistência.

23. Cuidando-se, não de projeto de lei, mas de proposta de emenda constitucional – e pressuposta a inexistência de vícios processuais (CF, art. 60, §§2º e 3º) ou circunstanciais (CF, art. 60, §§ 1º e 5º) – à sua eventual aprovação pelo Congresso Nacional, só se poderia opor algum dos *limites materiais* ao seu poder de emenda à Constituição, que – afora além dos relativos à República e ao sistema presidencialista, que, por força do plebiscito de 1993, também lhe entendo subtraídos¹² – são os estabelecidos taxativamente pela Constituição mesma¹³.

¹¹ ADin 3.685, 22.03.06, Ministra **Ellen Gracie**, RTJ 199/3.

¹² Marcelo Cerqueira – **Revisão, reforma constitucional e plebiscito em Grau-Guerra**, **Direito Constitucional** – Ert Paulo Bonavides, 2003, p. 113.

¹³ CF: "Art. 60, §4º. "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa do Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais".

¹⁵ A tese da imunidade da alteração por emenda constitucional de disposição do ADLT foi submetida ao STF, ADin 830, mas repelida – nesse ponto, sem discrepância – nos termos do voto condutor do em. Ministro **Moreira Alves**, do qual extrato: "Para a sustentação dessa imunidade se alega não só que o processo de emenda constitucional disciplinado no artigo 60 da Constituição não se aplica ao ADCT, porquanto este de autonomia instrumental, mas também que, sendo o ADCT integrado por normas de exceção transitórias às regras da parte transitoriedade a impossibilidade de vir a tornar-se perene por sucessivas alterações de prazo.

Ambas as alegações são de manifesta improcedência.



24. De logo, abstraída a incidência dos limites formais explícitos (ou implícitos) do art. 60, *caput* §§ 1º, 2º e 5º, da Constituição, não constitui obstáculo relevante à sua validade que a emenda cogitada substantive alteração ou adição de norma transitória *lato sensu* ao ADCT promulgado juntamente com a Lei Fundamental originária¹⁴.

25. Se, desse modo, é admissível *alterar* as originárias regras constitucionais transitórias, – não me convenço de que, já na vigência da Constituição, fosse inadmissível, por si só, que se lhes acrescentem normas constitucionais de eficácia *temporária*, que, de igual modo, prescrevam, para hipóteses determinadas, exceções a regras permanentes do texto constitucional.

Contendo as normas constitucionais transitórias exceções à parte permanente da Constituição, não tem sentido pretender-se que o ato que as contém seja independente desta, até porque é da natureza mesma das coisas, que para haver exceção, é necessário que haja regra, de cuja existência aquela, como exceção, depende. A enumeração autônoma, obviamente, não tem o condão de dar independência àquilo que, por sua natureza mesma, é dependente.

A autonomia da numeração se justifica por motivo de ordem prática: o de evitar, no texto permanente da Constituição, dispositivos que, exaurida totalmente sua eficácia provisória, perdem a vigência."

¹⁴ *A tese da imunidade da alteração por emenda constitucional de disposição do ADCT foi submetida ao STF, ADin 830, mas repelida – nesse ponto, sem discrepância – nos termos do voto condutor do em. Ministro **Moreira Alves**, do qual extrato: "Para a sustentação dessa imunidade se alega não só que o processo de emenda constitucional disciplinado no artigo 60 da Constituição não se aplica ao ADCT, porquanto este de autonomia instrumental, mas também que, sendo o ADCT integrado por normas de exceção transitórias às regras da parte transitoriedade a impossibilidade de vir a tornar-se perene por sucessivas alterações de prazo.*

Ambas as alegações são de manifesta improcedência.

Contendo as normas constitucionais transitórias exceções à parte permanente da Constituição, não tem sentido pretender-se que o ato que as contém seja independente desta, até porque é da natureza mesma das coisas, que para haver exceção, é necessário que haja regra, de cuja existência aquela, como exceção, depende. A enumeração autônoma, obviamente, não tem o condão de dar independência àquilo que, por sua natureza mesma, é dependente.

A autonomia da numeração se justifica por motivo de ordem prática: o de evitar, no texto permanente da Constituição, dispositivos que, exaurida totalmente sua eficácia provisória, perdem a vigência."



26. Nesse sentido, tem sido a prática do regime constitucional de 1988, cuja invalidade jamais se declarou. Certo, porém, que ela é objeto de severa crítica de um dos mais notáveis publicistas brasileiros, o d. *José Afonso da Silva*¹⁵, que – com base no conceito de “disposições constitucionais transitórias” do também notável e saudoso *Raul Machado da Horta*, verbera com acritude a descoberta dessa “coisa” *inusitada de emendar disposições transitórias ou de acrescentar outras – de sorte que, no momento da Constituição, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias se compunha de 70 artigos, e já não eram poucos; agora já são 94...*”.

27. Vejo-me na contingência audaciosa de opor reparo à visão ortodoxa do que possa ser uma disposição ou norma constitucional *transitória*, da qual arranca a crítica acerba à “coisa *inusitada*”, do mestre venerável.

28. É que, com todas as vênias, norma ou disposição constitucional *transitória* é locução que não tem um sentido unívoco, de modo a adstringir-se àquela que estabelece exceção à vigência imediata de uma *nova* Constituição: ela alcança também aquelas que, *na vigência da Constituição*, prescrevam exceções de *âmbito temporal restrito* – a termo ou condicional – à eficácia jurídica da norma permanente da Lei Fundamental.

29. Não há princípio ou regra da Constituição que vede a edição de emenda constitucional de eficácia temporária; a sua incorporação ao texto originário do ADCT (V.g. ECR 1/94; EECC 10/96; 12/96; 17/97; 21/99; 24/00; 37/02; 42/03) pode não responder à melhor técnica, mas em nada lhe afeta a validade, o que, na hipótese em consideração, mais se justifica, pois a eficácia do dispositivo, menos que temporária, é instantânea, exaurindo-se com a mera promulgação da emenda proposta.

30. De qualquer sorte, a discussão é ociosa no caso: a PEC 471-A, na trilha da recomendação da doutrina mais ortodoxa (assim, v.g., *Pontes de Miranda, Celso de Mello e Manoel G. Ferreira Filho*, para as emendas constitucionais em geral¹⁶), não se propõe a aditar o seu art. 2º ao ADCT.

¹⁵ *José Afonso da Silva – Comentário Contextual à Constituição, Malheiros, 2005, p. 892.*

¹⁶ Cf. informações da PGFN da lavra do Il. Dr. *Oswaldo Othon Saraiva F.*, incorporadas, no ponto, ao voto condutor do em. Ministro *Sydney Sanches*, na ADin 939.



31. Verdadeiramente importa assinalar é que, cogitando-se de uma emenda à Constituição – seja ela de eficácia transitória *stricto sensu*, temporal (a termo ou condicionada) ou instantânea, esgotando-se com a promulgação mesma –, a norma que veicule – satisfeitos os requisitos formais pertinentes – terá estatura hierárquica de preceito da Constituição e, portanto, força de suspender – nos lindes temporais de sua aplicabilidade –, os mandamentos permanentes da Constituição, salvo, unicamente, que à sua validade se possam opor as restrições *materiais* intransponíveis ao poder de reforma de Lei Fundamental: saber se esse é o caso é o objeto nuclear deste parecer.

IV

32. Dos limites materiais ao poder de emenda – as chamadas cláusulas pétreas – a consulta aventa, ela mesma, a exclusiva possibilidade de questionar-se a validez do art. 2º da PEC 471-A à vista do art. 60, §4º, IV, da Constituição – se, na proibição nela contida de propostas tendentes a abolir “os direitos e garantias individuais”, se hajam de compreender as regras impositivas do concurso público, inscritas no art. 37, II, e no art. 236, §3º, da Carta Magna.

33. Ambos os preceitos suscitados não constituem, em si mesmos, “direitos e garantias individuais”, mas, apenas, imperativos da administração pública em geral, a do art. 37, II, e no art. 236, §3º, especificamente, da delegação dos “serviços notariais e de registro”.

34. Não obstante, é manifesta a imbricação dessas regras impositivas do concurso público com o princípio fundamental da *isonomia* (CF, art. 5º, *caput*): assim, a Constituição do Império, de 1824 (art. 179, 14) já inscrevera no rol das “garantias dos direitos civis e públicos dos cidadãos” – embora jamais o tenha implementado – que “*todo o cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja de seus talentos e virtudes*”.

35. É manifesta, contudo, a impertinência da evocação, na hipótese considerada, do art. 37, II, CF, cujo âmbito material se adstringe à exigência do concurso público para “*a investidura em cargo ou emprego público*”, que não



compreende, em si, a delegação do "ingresso na atividade notarial ou de registro", cujo desempenho não constitui "investidura em cargo ou emprego público".

36. Certo – a propósito da indagação sobre estar ou não o titular dos "serviços notariais e de registro" submetido à aposentadoria compulsória por idade –, a questão suscitou acesa polêmica, no Supremo Tribunal Federal, quando prevaleceu – não obstante a dicção expressa, de que seriam eles "exercidos em caráter privado, por delegação do poder público" –, a afirmação ortodoxa de que seriam eles, em sentido lato, *servidores públicos*¹⁷.

37. Então vencido – na companhia honrosa dos Ministros *Rezek* e *Marco Aurélio* –, sigo convencido aos fundamentos do voto então proferido¹⁸.

¹⁷ RE 178. 236, 07.03.96, rel. Ministro **Octavio Galotti**.

¹⁸ "Sou insuspeito de qualquer simpatia por esses resíduos de uma visão patrimonialista do serviço público que ainda mercam certas peculiaridades do regime das chamadas funções notariais e de registro, e que, ao meu ver, embora o lamento, estão absolutamente translúcidas no art. 236 da Constituição. Gostaria, por isso, de expressar a minha antipatia pelo regime constitucional dessas funções, acompanhando a maioria; lamento não poder fazê-lo por não conseguir me convencer das razões tão doutamente expostas.

O problema que está em causa é unicamente saber se o titular de ofício notarial ou de registro é servidor público para os efeitos do art. 40 da Constituição.

Não tenho dúvida de que se trata de serviço público, e aí me dispenso de outras considerações, tanto se '**sangrou na veia da saúde**' para mostrar o que me parece patente.

Cuida-se sim de um serviço público, o que, porém, não resolve, por si só, o **status** do seu agente; nem todo serviço público é executado por servidor público, e o exemplo típico é o do serviço público prestado por delegação do Estado, como está no art. 236 da Constituição. Não se pode conceber que o Estado delegue a prestação de serviço a quem é servidor público. O delegado, é elementar, exerce a delegação em nome próprio; o servidor o faz em nome do Estado, '**presenta o Estado**' para fazer honra à linguagem do saudoso **Pontes de Miranda**.

É verdade que, relator do RE 141.343, Lex 140/687, entendi, já no regime da Constituição de 1988 e à luz do art. 236, que o serventuário, o oficial de registro ou notário eram funcionários públicos para efeitos penais, segundo o art. 327 do Código Penal. Mas também é sabido que a concepção de funcionário público, deste citado artigo é ostensivamente mais ampla do que a da Constituição e, particularmente, a do art. 40 desta. Basta notar, como decorre claramente do parágrafo do art. 327 do Código Penal, que agentes de empresas estatais se consideram funcionários públicos para efeitos penais. O que dispensa outras considerações no sentido de que não apenas os



38. Note-se que, nesse sentido, o dos votos vencidos no mencionado RE 178.236, sempre se orientou a melhor doutrina¹⁹.

39. O tema voltou à pauta do Supremo Tribunal, quando o novo texto do art. 40 CF, ditado pela EC 20/98 (reprisado pela EC 41/03), tornou explícito o que, para mim, já decorria do art. 236: que o regime previdenciário do servidor público – em especial, o de sua aposentadoria, incluída a compulsória – só compreendia

servidores públicos, no sentido constitucional, são funcionários públicos para efeitos penais.

*A investidura por concurso público também não me impressiona para caracterização do notário como servidor público. De um lado, no exemplo escolar de exercício de serviço público por delegação, que é o da concessão do serviço público, a Constituição impõe licitação, que é, **mutatis mutandis**, uma forma de concurso. Neste Plenário, aliás, já levamos a exigência do concurso público também aos empregos em sociedades estatais, sem com isso afirmar que se tratava de servidores públicos (refiro-me ao MS nº 21.322, de 03.12.93, Relator o Sr. Ministro **Paulo Brossard**).*

Quanto ao problema da remuneração, assim como no passado repetidamente se disse que o fato de não descaracterizava o serventuário, o oficial, como servidor público, também é certo que não basta caracterizá-lo como tal, quando a Constituição os define de modo diverso, como delegatários de serviço público. Não preciso lembrar hipóteses clássicas: pense-se apenas na concessão da obra pública em que tributos podem ser arrecadados e apropriados por particulares como remuneração.

O eminente Ministro Marco Aurélio, a meu ver, demonstrou com absoluta nitidez a gritante diferença entre o estabelecido, para ficar no nível constitucional, pela última Carta Constitucional, a de 1969, que dedicou os artigos 206 a 208 às serventias, e o disposto no art. 236 e seus parágrafos da atual Constituição.

*Finalmente, depois de tantos votos tão substanciosos, que procuraram tirar do §1º do art. 236 argumentos no sentido de que o oficial continua a ser um servidor público, para efeitos constitucionais, devo dizer que, **data venia**, me convenci, até pelo §1º, de que assim não ocorre: para dizer de responsabilidade de servidor público não seria preciso prever que a lei o faria especificamente com relação à atividade dos oficiais de registro; também não era preciso prever que a lei regulará a fiscalização de sua atividade pelo Poder Judiciário, pois, **data venia** o que o Estado exerce sobre os seus servidores é poder disciplinar, e não fiscalização, que é atividade de inspeção de atividade alheia, praticada em nome próprio”.*

¹⁹ V.g. Celso Antônio Bandeira de Mello – **Serventias não oficializadas**, 03.10.83, RDPúb. 80/45; Hermann Roenick – **Os tabeliães e os registradores**, Rev. Ajuris 80/192; José Afonso da Silva – **Comentário Contextual à Constituição**, Malheiros, 2005, art. 236, p. 873.



os “*titulares de cargos efetivos*”, de modo a dele excluir notários e registradores, que exercem sua função – malgrado pública – não, por provimento em cargo efetivo, mas, em caráter privado, por delegação do Estado.

40. A partir daí, assim passaria a entender o Supremo Tribunal Federal, contra um único voto vencido, no acórdão de 24.11.05, da lavra do em. Ministro *Eros Grau*, que julgou procedente a ADin 2.602-MG, cuja ementa é eloqüente – RTJ 187/1:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NOTÁRIOS E REGISTRADORES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INAPLICABILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. *O artigo 40, §1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, 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 artigo 40 da CB/88 – aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.*

4. *Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente”.*

41. Certo, malgrado assente não se tratar de exercício de cargo ou emprego público – o que elide a invocação do art. 37, II –, a norma específica do art. 236, §3º, de Constituição também submete a concurso público a *delegação* dos serviços notariais e de registro, embora para “*exercício em caráter privado*”.



42. Daí que um espírito mais propício à extensão desmesurada do alcance das cláusulas pétreas pudesse enxergar também aqui, na exigência de concurso público para a cogitada delegação, um corolário do princípio fundamental da isonomia, como tal, intangível à emenda constitucional tendente a aboli-la: é um malabarismo exegético, que se me afigura desarrazoado.

43. De qualquer sorte, ainda que fosse de condescender com ele, não se chegaria ao ponto de entender inconstitucional a proposição considerada.

44. É preciso não perder de vista que o vedado à deliberação – e, com maior razão, à aprovação do Congresso Nacional – é a proposta de emenda “*tendente a abolir*”, no tópico considerado, “*os direitos e garantias individuais*”, não, porém, aquela que lhes oponha restrição ditada por imperativos conjunturais e irrepetíveis da realidade: este, o caso da PEC 741-A, no texto aprovado pela comissão especial da Câmara dos Deputados.

45. É importante recordar que o texto aprovado é resultante de alterações à proposição primitiva, que lhe alteraram substancialmente a fisionomia e o significado.

46. A proposta originária simplesmente opunha o §3º do art. 236 CF, à exigência do concurso a ser aberto até seis meses da vacância da serventia, as orações:

“... ressalvada a situação dos atuais responsáveis e substitutos, investidos na forma da Lei, aos quais será outorgada a delegação de que trata o caput deste artigo”.

47. Diversas normas estaduais similares já foram repelidas pelo Supremo Tribunal Federal, por ofensivas do art. 236, §3º, da Constituição, que – diversamente do texto constitucional anterior (CF 69, art. 208) – abrisse margem a ressalva similar²⁰.

²⁰ V.g., ADin MC 522, 15.08.91, **Gallotti**, RTJ 137/590; ADin 126-RO, 29.08.91, **Gallotti**; ADin MC 1.047-AL, **Pertence**; ADin 417-SC, **Sanches**; ADin 1.855, 16.05.02, **Jobim**; RE 176.042, 11.05.99, **Gallotti**; ADin MC 2.151, Marco Aurélio.

48. Parecem à proposição original que o vício estaria sanado, se, ao invés de norma estadual, se cuidasse de emenda à Constituição Federal.

49. Assim a justificaram os proponentes, encabeçados pelo Sr. Deputado João Campos:

"...Analisando a questão, temos que:

1. O art. 236 da Constituição Federal levou 6 (seis) anos para ser regulamentado.

2. Transcorridos quase onze anos, em diversos Estados da Federação, a Lei 8.935, de 18/11/94, no que se refere às regulamentações estaduais, ainda se encontra em fase de estudos ou propostas nas Assembléias Legislativas.

3. A última vez que matéria referente à efetivação dos responsáveis e substitutos foi levada a discussão no Congresso Nacional foi ainda na vigência da Constituição Federal de 1967, pela Emenda Constitucional nº. 22, que inseriu o art. 208, que assim determinou:

'Art. 208 – Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da Lei, contem ou venham contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983'.

São portanto, decorridos vinte de dois anos. Neste período várias situações que deveriam ser temporárias, se consolidaram, no aspecto administrativo, sem que tenham amparo legal definitivo.

Por isso, não é justo, no caso de vacância, deixar essas pessoas experimentadas, que estão há anos na qualidade de responsáveis pelas serventias, que investiram uma vida de recursos próprios nas mesmas prestando relevante trabalho público e social, ao desamparo. Ao revés, justifica-se, todavia, resguardá-los"

50. A essa proposta inicial, assim, seria oponente o argumento de que, efetivamente, esvaziaria a exigência do concurso público, se e enquanto a inércia dos Tribunais de Justiça na realização do certame implicasse a existência de responsáveis e substitutos em exercício.



51. Aperfeiçoou-a substancialmente o primitivo parecer do relator da PEC sua comissão especial:

- primeiro, quando cominou à omissão da autoridade responsável pela não abertura do concurso, prazo constitucional de seis meses, as sanções do ato de improbidade administrativa;
- segundo, quando, destacando-a em disposição não inserida no texto constitucional, restringiu a outorga da delegação promulgada "aquelas que se encontrarem respondendo interinamente" pela serventia vaga "há no mínimo cinco anos ininterruptos" contados da promulgação da emenda.

52. Com efeito, ao passo que a *primeira* alteração, impondo à omissão sanções severas, visa a dar eficácia à regra do art. 236, §3º, da Constituição, que proíbe permaneça vago o ofício, sem abertura do concurso por mais de seis meses, a *segunda*, adstringia a outorga da delegação, para solver a situação de fato criada pela inobservância da Constituição aos que provisoriamente viessem respondendo ininterruptamente pela serventia nos cinco anos anteriores à emenda: manifesta aqui a inspiração no critério do art. 19 do ADCT originário para amparar a situação semelhante dos servidores públicos admitidos sem concurso, antes da Constituição.

53. Ainda na comissão especial, os Srs. Deputados *Tarcísio Zimmemann* e *José Genoíno* – considerando que o intervalo entre a Constituição e a Lei 8.935/94, que lhe regulamentou o art. 236, fora a explicação correntia para o retardamento dos concursos públicos – ofereceram a alternativa de reduzir a outorga da delegação aos responsáveis provisórios pelos serviços cartoriais efetivados naquele período.

54. De toda a discussão resultou que o substitutivo final do relator, Deputado *João Matos*, aprovado pela comissão especial, além de acrescentar o §4º ao texto constitucional permanente para caracterizar como ato de improbidade administrativa a omissão, no prazo, da autoridade competente para a abertura de concurso, no art. 2º, objeto da consulta, acolhe as duas restrições temporais oferecidas à proposta inicial, de modo a limitar o benefício somente "àqueles designados substitutos ou responsáveis pelas respectivas funções até 20 de novembro de 1994" – ou seja, até a véspera da vigência da L. 8.935/94 – e, também, que "nessa situação se mantenham, pelo menos, nos cinco anos ininterruptos anteriores à promulgação" da Emenda constitucional proposta.



55. Nesses termos assim tão restritivos, é que me convenci efetivamente de que o art. 2º do: substitutivo a ser levado à deliberação do plenário da Câmara dos Deputados – sobretudo quando examinado em conjunto com o §4º que nele se propõe aditar ao art. 236 da Constituição – não pode caracterizar, sequer à visão mais severa, “proposta de emenda *tendente a abolir*” a exigência do concurso público para a delegação dos serviços notariais e de registro, inscrita no §3º do mesmo preceito constitucional, *que permaneceria incólume*, mesmo que se lhe pudesse se emprestar a magnificência de uma cláusula pétrea, imune ao poder de reforma do Parlamento.

56. Já se pode ter hoje por incontroverso que a intangibilidade por emenda das chamadas “cláusulas pétreas” da Constituição não ilide alterações pontuais à sua expressão literal primitiva, mas somente as torna imunes a alterações que lhes ofendam o núcleo essencial: a assertiva, de tão difundida, dispensa o ornato de invocações doutrinárias e jurisprudenciais repetitivas.

57. Do mesmo modo, estou em que – tal como as alterações literais que não lhes desnaturem o núcleo durou-as cláusulas pétreas não erguem obstáculos intransponíveis a eventuais emendas que lhes suspendam *temporariamente* a força normativa, para atender a situações de fato que impossibilitem a implementação efetiva de regras de uma Constituição nova.

58. Ainda com assento no Supremo Tribunal Federal, tive a oportunidade de realçar – em voto-vista afinal prevalecente no RE 135.328 – “*a evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem*”.

59. É o que se deu no caso examinado: não obstante a exigência de concurso público para a delegação de serventias notariais e de registro se pudesse reputar regra constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, o fato é que – seja a pretexto da falta da lei federal prevista no art. 236 CF, seja por força da resistências ao caráter peremptório do seu §3º –, prolongaram-se no tempo, por omissão dos órgãos judiciais competentes, as situações de exercício provisório do exercício das funções por substitutos ou designados.



60. Para atender à extensão temporal dessas situações de provisoriedade, é que surgiu a proposta de emenda à Constituição, a cuja formulação inicial no, entanto, o substitutivo aprovado pela comissão especial da Câmara dos Deputados acabou por impor restrições temporais de tal ordem e extensão que lhe reduziram o alcance a situações verdadeiramente excepcionais.

61. Acresce que o mesmo substitutivo – o que me parece de fundamental relevo –, acresceu, à proposta originária, a de adição ao art. 236 CF do §4º, o qual, com a força de disposição permanente, ao impor as sanções da improbidade administrativa ao retardamento da abertura de concurso público para a delegação do exercício dos ofícios notariais e de registro, ao contrário de *tender a abolir* a exigência constitucional do concurso, deu-lhe reforço substancial ao cominar-lhe ao desrespeito conseqüências jurídicas severíssimas.

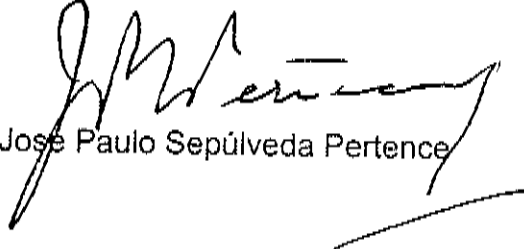
62. Não se nega que, assim dispondo o substitutivo distinguiu e beneficiou uma parcela de cidadãos, mas a *isonomia* não impede distinções e sim, apenas, que elas sejam arbitrárias, o que não se dá na espécie, uma vez que a eleição dos beneficiados se funda em critério objetivo e visa a solucionar a situação criada por omissão do próprio Estado.

63. De tudo, concluo que o art. 2º da PEC 471-A – quando visto e aprovado, como emenda à Constituição, conjuntamente com o art. 1º do mesmo substitutivo aprovado pela comissão especial –, não desrespeita os limites materiais do poder de reforma constitucional, outorgado à maioria qualificada do Congresso Nacional.

É o parecer,

SMJ.

Brasília, 1 de setembro de 2008.


José Paulo Sepúlveda Pertence