

## ATIVIDADES JURÍDICAS E FORENSES

### SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA, PARENTES EM GRAU PROIBIDO, NÃO PODEM FUNCIONAR NA MESMA COMARCA

RECONHECIMENTO DA INCOMPATIBILIDADE PREVISTA NO ART. 95, § 3.º, DO DEC. 123, DE 1892 - CONDIÇÃO DE HABILITAÇÃO E CONDIÇÃO DE EXERCÍCIO - DISTINÇÃO

O Tribunal de Justiça do Estado, em sessão plenária, por maioria de votos, proferiu o acórdão a seguir transcrito, ao, julgar o Mandado de Segurança n. 82.911, da comarca da Capital (Des. Minhoto Júnior, relator designado) :

Acordam os juízes do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria de votos, em conhecer do pedido e em denegar a segurança.

1 - O impetrante, após, submeter-se a concurso regular, foi nomeado para o cargo de serventuário do Segundo Ofício de Notas e Anexos da comarca de Sertãozinho. No entanto s. excla. o Sr. Desembargador Corregedor Geral da Justiça entendeu que, estando já naquela mesma comarca um irmão do impetrante; ocupando o cargo de serventuário do Cartório do Registro de Imóveis, ocorria a incompatibilidade prevista no artigo 95, parag. 3.º do Decreto n. 123, de 1892. Por isso, denegou-lhe compromisso e posse. Inconformado com esse entendimento, o interessado impetrou mandado de segurança. Foi-lhe recusada a medida liminar pleiteada, por entender o desembargador relator que o seu direito não sofreria caducidade. O impetrante comunicou então a s. excia. o Sr. Secretário da Justiça quanto ocorria, requerendo, em consequência, prorrogação do prazo para entrar no exercício do cargo. No entanto, o Governador do Estado, tomando conhecimento da, opinião manifestada pelo Corregedor Geral, tornou sem efeito o decreto de nomeação. O impetrante desistiu então do primeiro mandado, substituindo-o pelo presente dirigido contra o ato do Governador do Estado. 2 - A incompatibilidade divisada pelo exmo. Sr. Corregedor Geral realmente ocorre. O decreto n. 123, de 1892, ainda vige, não foi revogado pela Lei n. 819, de 1950, nem pelo decreto n. 5.120, de 1931. Tais diplomas legislativos, reguladores do provimento de ofícios de justiça, apenas inovaram quanto à realização dos concursos, criando aliás novos impedimentos. 3 - Mas, objeta-se, se tal incompatibilidade realmente existisse, o impetrante não deveria ter sido submetido a concurso. Faz-se mister distinguir, aqui, entre condição de habilitação e condição, de exercício. Cuida-se de distinção corriqueira, familiar ao direito administrativo como ao direito constitucional. Em matéria constitucional, pode o cidadão inscrever-se como candidato a deputado ou senador, ainda quando seja proprietário ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica do direito público, ou ocupe cargo público do qual possa ser demitido ad nutum, ou exerça outro mandato legislativo. No entanto, eleito, não poderá exercer o novo mandato, sem antes afastar a circunstância impeditiva. De tal ordem é essa distinção entre condição de habilitação e condição de exercício, tão marcante é ela, que, para o seu reconhecimento, diversa é a competência dos órgãos judiciários. No que concerne às condições de habilitação, competente é a Justiça Eleitoral. Para decidir das condições de exercício, competente é a Justiça Comum. O mesmo se dá em direito administrativo. Pode o candidato habilitar-se ao concurso, embora

ocorram motivos de incompatibilidade para o exercício da função a que se propõe. Mas, nomeado, há de elidir a circunstância impeditiva, sob pena de não poder tomar posse do cargo.

No caso presente, o impetrante podia participar do concurso, embora seu irmão já fosse serventário na comarca. Mas, nomeado para a função pretendida, nela só poderia investir-se depois de afastada a causa impeditiva, criada pelo mencionado decreto n. 123. O despacho, prolatado a respeito pelo desembargador Corregedor Geral da Justiça, junto a fls. 19, merece acolhida. 4 - Mas, que tivesse sido erroneamente admitido a concurso o impetrante. Obviamente não lhe teria nascido daí, desse erro, qualquer direito. Alega-se que o impetrante, quando obstado de tomar posse, dirigira a Sr. excia. o Sr. Secretário da Justiça um pedido de prorrogação do prazo para entrar no exercício da função. Obviamente, não lhe resultou daí nenhum direito líquido e certo. O seu pedido poderia ter sido acolhido. Mas, também, poderia ter sido indeferido, como foi. 6 - Demais, cumpre lembrar que à administração é dado declarar sem efeito o ato de nomeação que expede, enquanto o escolhido ainda não tenha tomado posse do cargo. É pacífico o entendimento a respeito. Nem precisa o Poder Executivo indicar por que o faz. No caso, o impetrado preferiu apontar o motivo determinante do ato, invocou s. mencionada incompatibilidade. Já se viu que essa incompatibilidade realmente ocorria. Mas que não ocorresse. Quide inde?"

"Reconhecimento da incompatibilidade prevista no artigo 95, § 3.º, do Dec. n. 123, de 1892: não podem funcionar na mesma comarca, como serventários de Justiça, parentes em grau proibido. Condição de habilitação e condição de exercício. Distinção".