

A ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA FRENTE A TEORIA DA DERROTABILIDADE DE NORMAS JURÍDICAS

Júlio Cezar Bittencourt Silva¹

RESUMO: O ensaio versa sobre a teoria da derrotabilidade das normas jurídicas, enfocando decisões do Conselho Nacional de Justiça em matéria de provimento de agentes delegados como notários ou registradores. Especialmente quanto à possibilidade de invalidação de atos administrativos após o transcurso do prazo de 5 anos fixado pela Lei 9.784/1999. Nesse sentido, busca-se lançar luz sobre a decisão que poderá ser exarada pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação de tais casos.

Palavras-chave: derrotabilidade de normas jurídicas; anulação de atos administrativos; prescrição e decadência.

1. A atuação da Administração Pública acarreta, inúmeras vezes, a expedição de atos administrativos desconformes com o ordenamento jurídico. E, não raro, mesmo os atos desconformes acabam por gerar efeitos em variadas esferas e em variados níveis.

Tal fato seria de se estranhar, não fosse a Administração Pública composta de seres humanos, que, como é cediço, são passíveis de falhar, afinal, como lembra Luiz Carlos Derbli BITTENCOURT, “o ser humano não é dotado dos atributos de infalibilidade e de onisciência”².

É comum, portanto, deparar-se com atos administrativos eivados de vícios de antijuridicidade, o que se torna mais corriqueiro diante da complexidade das relações sociais existente atualmente, as quais, não raro, demandam uma atuação concreta do Administrador Público, mesmo não sendo abarcadas pelos diplomas legais em vigência.

Como adverte Cármen Lúcia ANTUNES ROCHA,

“Definido pelo sistema de Direito vigente o comportamento da Administração Pública, seria de se cogitar, não fosse ela composta de seres humanos, a perfeita integração da produção da lei com sua a execução administrativa.

¹ Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Administrativo da Faculdade CNEC de Campo Largo. Advogado da Fundação Araucária de Apoio à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico do Paraná. Cursa Doutorado em Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná - juliodeja@gmail.com.

² BITTENCOURT, Luiz Carlos Derbli. Controvérsias sobre o fato tributário nos embargos à execução fiscal. *Revista de processo*. São Paulo, n. 91, jul-set, p. 115-119, 1998, p. 117.

Entretanto, todo limite é um desafio para o ser humano. Mais ainda quando este limite é jurídico e o que por ela se tolhe é o exercício do Poder”³.

É que como leciona Miguel REALE, “o querer do Estado é o querer da lei”⁴. Todavia, como acontece de atos administrativos, mesmo eivados de vícios, produzirem efeitos e esses efeitos prolongarem-se ao longo do tempo, fez-se necessária a sistematização dos modos como a Administração Pública deve comportar-se diante de tais vícios e efeitos.

Nessa toada, foi grande o debate entre os estudiosos da matéria. De um lado, autores que entendiam que não haveria falar em invalidade parcial de determinado ato administrativo, de outro, aqueles que advogavam a tese de que haveria atos nulos e anuláveis, estes, passíveis de convalidação.

Com efeito, por comando do princípio da legalidade, como já ressaltado, toda a atuação da Administração Pública é, necessariamente, vinculada à aplicação da Lei. Ademais, como leciona Ruy CIRNE LIMA, “a relação de administração é estruturada ao influxo de uma finalidade cogente”⁵, sendo esta finalidade, a de garantir a realização do interesse público.

Assim, ganharam corpo as teorizações de que existiriam atos que, segundo os efeitos que produzissem, poderiam ser sanados ou não.

Neste sentido, Weida ZANCANER propõe uma classificação quadricotômica de tais atos administrativos: atos absolutamente sanáveis; atos absolutamente insanáveis, atos relativamente sanáveis e atos relativamente insanáveis⁶.

Segundo esta classificação, seriam absolutamente sanáveis os atos administrativos que padecem de vícios ínfimos, sendo recebidos pelo Direito como regulares. Já os absolutamente insanáveis seriam atos “que o ordenamento jurídico repele com radicalismo total, pois nem o tempo, nem a boa-fé, nem ato algum lhes poderá conferir estabilização em razão da gravidade do vício”⁷.

Por sua vez, os atos relativamente sanáveis são aqueles “que devem ser convalidados pela Administração Pública ou sanados por ato do particular interessado”⁸, sendo estabilizados pelo decurso do período de cinco anos. Já atos relativamente insanáveis são

³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.130.

⁴ REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 42.

⁵ CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: RT, 1987, p. 51.

⁶ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 90.

⁷ *Idem*.

⁸ *Idem*.

impassíveis de convalidação, todavia, pelo decurso de determinado período de tempo consideram-se como “regularmente expedidos”⁹

Em suma, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO leciona acerca do tema:

I – sempre que a Administração esteja perante ato suscetível de convalidação e que não haja sido impugnado pelo interessado, estará na obrigação de convalidá-lo, ressaltando-se, como dito, a hipótese de vício de competência em ato de conteúdo discricionário;

II – sempre que esteja perante ato insuscetível de convalidação, terá a obrigação de convalidá-lo, a menos, evidentemente, que a situação gerada pelo ato viciado *já esteja estabilizada* pelo Direito. Em tal caso, *já não mais haverá situação jurídica inválida* ante o sistema normativo e, portanto, simplesmente não se põe o problema”¹⁰

Como visto, a possibilidade de anulação de determinado ato administrativo será permeada pela análise dos efeitos deste decorrentes, pois, como adverte Marçal JUSTEN FILHO,

“embora nulo, um ato administrativo pode induzir mudança no mundo jurídico – mudança derivada da suposição de existir um ato válido. Os princípios da auto-executoriedade e da presunção de legitimidade do ato administrativo vinculam o administrado a cumprir atos estatais defeituosos. A pronúncia do vício do ato administrativo envolve a necessidade de desfazer uma série ampla de situações fáticas derivadas do ato pretensamente válido.

As concepções democráticas de Estado impedem a frustração das expectativas legítimas geradas por atos formalmente perfeitos praticados por agentes públicos”¹¹.

Assim, quando para que ocorra a decretação da invalidade de um ato administrativo será necessário sopesar-se inúmeros princípios jurídicos e a situação concreta, a fim de que esta medida, que se afigura como extrema, somente seja tomada caso se mostre a mais conforme o Direito posto e, outrossim, com o princípio da supremacia do interesse público, do qual a Administração Pública não pode dispor.

⁹ *Ibidem*, p. 91.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 480.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 408.

Para o problema ora em análise, qual seja, o da análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça em face da teoria das invalidades do ato administrativo e da teoria da derrotabilidade das normas jurídicas, há que se centrar o estudo na norma jurídica insculpida no artigo 54, da Lei 9.784/1999. Tal artigo encontra-se no Capítulo XIV de referida Lei, a qual dispõe sobre o Processo Administrativo no âmbito federal.

Juntamente ao artigo 54, encontram-se outros dispositivos legais, os quais se afiguram como corolários do poder de autotutela administrativa, e assim dispõem, *verbis*:

“CAPÍTULO XIV

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração 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.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”

Para o presente estudo, será analisada, mais especificamente, a abordagem dada pelo Conselho Nacional de Justiça ao artigo 54 acima transcrito em face do disposto no artigo 91, do Regimento Interno de referido órgão, para, posteriormente, tecerem-se considerações sobre a atuação do Conselho Nacional de Justiça e a possível revisão de seus atos pelo Supremo Tribunal Federal, frente a teoria da derrotabilidade de normas jurídicas.

2. O artigo 54, da Lei 9.784/1999 impõe à Administração Pública um prazo decadencial para a decretação de nulidade de um determinado ato administrativo do qual decorram efeitos patrimoniais a terceiros.

Todavia, mesmo sendo a prescritibilidade regra em direito, e, igualmente, dispondo o indigitado dispositivo que os atos administrativos dos quais decorram efeitos patrimoniais

somente serão anulados em caso de comprovada má-fé, tal medida não vem sendo de todo obedecida.

Com efeito, dispõe o artigo 91, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça o que segue:

“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.**” – grifou-se.

De se ver que há disparidade entre o texto regimental e o texto legal, porquanto o texto legal afirma que somente são passíveis de revisão os atos cuja produção tenha sido eivada de má-fé, enquanto o texto regimental afirma que a revisão será possível sempre que verificada afronta direta à Constituição.

Cumprido frisar que o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça é regulamento aprovado pela maioria dos integrantes de referido órgão, não possuindo, portanto, caráter de lei.

Todavia, como tal Regimento se trata, também, de um ato administrativo, possui os atributos que lhe são inerentes, quais sejam: auto-executoriedade, presunção de legitimidade e presunção de conformidade com o Direito, estando, destarte, em plena vigência.

Acerca do arrepio do texto regimental ao texto legal, adverte Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

“Pretendeu o CNJ que a extinção ali prevista [no artigo 54, da Lei 9.784/1999] não prospera em face de inconstitucionalidades. A assertiva é da mais completa gratuidade, seja perante o direito positivo, seja em face da própria teoria do Direito. Com efeito a suposição não tem assento em nenhuma norma jurídica válida. Trata-se de afirmação feita por voluntarismo, formulação tirada do nada, pois assim deve ser juridicamente considerada a parta final do art. 91 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, já que não pode se esforçar em qualquer arrimo no direito positivo. Com REJUR - Revista Eletrônica Jurídica. Volume 2, n. 1, Campo Largo, jan-jun, 2015.

efeito, consiste em presunçosa inovação na própria Ciência do Direito e, o que é pior, procedida em violação à lei: o art. 54 da lei nº 9.784, no qual há tal restrição, inadmitindo o surpreendente discrimen”¹².

Entretanto, em que pese a flagrante contrariedade do texto regimental ao texto legal, o Conselho Nacional de Justiça vem, seguidamente, alicerçado no dispositivo constante do Parágrafo Único do Artigo 91 de seu Regimento Interno, anulando atos administrativos proferidos pelo Poder Judiciário, mesmo que tais atos tenham sido expedidos há mais de 20 (vinte) anos, como se vê no caso da Resolução 80/2009¹³, que anulou mais de 5 (cinco) mil decretos de nomeação de Titulares de Serventias Extrajudiciais: ofícios de registro e tabelionatos.

Noutras palavras, o Conselho Nacional de Justiça, mesmo diante do fato de a maioria das investiduras na Titularidade de referidos Cartórios ter se dado há mais de 5 (cinco) anos da edição de tal Resolução, decretou a nulidade de referidos atos, restando às partes afetadas buscar a tutela jurisdicional visando à defesa de seus direitos.

Como dito, o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça encontra-se plenamente vigente e as decisões dele decorrentes continuam a surtir seus efeitos: as serventias encontram-se vagas e os titulares estão nelas investidos a título precário, até que se realize concurso visando ao provimento de tais funções, salvo, por óbvio, as decisões que restaram liminarmente sustadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Mandado de Segurança, ou pela Justiça Federal em sede de ação ordinária¹⁴.

Em casos como o supra narrado, é de se ver que o Conselho Nacional de Justiça, para decretar a nulidade de ato administrativo mesmo após o transcurso do prazo decadencial de 5 (cinco) anos imposto pela Lei 8.937/1999, acabou por considerar que a inconstitucionalidade de um ato administrativo é vício que o contamina para sempre.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Consulta*. Parecer exarado em face da consulta proferida pela ANOREG-BR acerca do PCA 13.747, do Conselho Nacional de Justiça. São Paulo, 2011, p.14.

¹³ Tal Resolução foi assim emendada: Declara a vacância dos serviços notariais e de registro ocupados em desacordo com as normas constitucionais pertinentes à matéria, estabelecendo regras para a preservação da ampla defesa dos interessados, para o período de transição e para a organização das vagas do serviço de notas e registro que serão submetidas a concurso público.

¹⁴ O Supremo Tribunal Federal é competente para julgar as ações contra o Conselho Nacional de Justiça, todavia, como em sede de ação ordinária visando à anulação de atos deste conselho, quem comporá o polo passivo será a União Federal, consoante se vê no despacho proferido pelo Ministro Ayres Britto na Ação Cível Originária 1.680, onde este asseverou, *verbis*, “Com efeito, o CNJ é um órgão do Poder Judiciário, nos termos do inciso I-A do art. 92 da Magna Lei. Donde se concluir que é a União, e não o CNJ, a pessoa legitimada a figurar no pólo passivo de ações ordinárias em que se questionem atos daquele Conselho. Pólo passivo em que a União deve comparecer representada pela sua Advocacia-Geral, como determina a cabeça do art. 131 da Lei Maior”.

Tal medida operou-se, como já exposto, ao arrepio da Lei, a um porque desrespeitou o prazo decadencial e a dois porque presumiu que todos os atos invalidados foram eivados de má-fé em sua edição.

Nesse ponto é necessário ressaltar que inegavelmente os atos administrativos consubstanciados na delegação das serventias geram efeitos a terceiros: por um lado geram efeitos para o titular da serventia, que dela tira seu sustento e de sua família, e de outro, gera efeitos em relação aos atos por estes praticados. Ora, se a delegação da serventia foi nula, há que se questionar se os atos dela decorrentes não o serão também.

No que concerne a este último questionamento, o Direito Administrativo reputa tais atos como válidos, como decorrência da teoria do *funcionário de fato*, que é, segundo Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem a aparência de legalidade”¹⁵.

Todavia, no que se refere aos atos pretensamente irregulares de investidura dos Serventuários nos cartórios, como dito, mesmo diante da flagrante contrariedade ao texto legal, estes foram decretados nulos pelo órgão de controle do Poder Judiciário.

Neste ponto pode ser identificado um conflito entre normas jurídicas, todas aptas a incidirem no caso e que devem, logicamente, ser observadas em sede de julgamento pelo órgão jurisdicional competente, dentre as quais se destacam o princípio da segurança jurídica, o princípio da boa-fé, o princípio da proteção da confiança, o princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos, o princípio da autotutela administrativa, entre outros.

Deste modo, há que se investigar, sob a ótica da derrotabilidade de normas jurídicas, como opera o sopesamento entre as normas aplicáveis à anulação de atos administrativos pelo CNJ e sua análise jurisdicional. Para tanto, faz-se necessária uma breve explanação acerca da derrotabilidade de normas jurídicas propriamente dita.

3. A derrotabilidade de normas jurídicas pode ser conceituada como algo que busca a “racionalização do *momento jurídico* em que muitos diriam residir o decisionismo, o subjetivismo, ou mesmo a desmetodização”¹⁶, como bem frisa Fernando Andreoni VASCONCELLOS.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 245.

¹⁶ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Op. cit.*, p. 27.

Trata-se, portanto, de autêntica metodologia voltada à interpretação do direito, buscando, através da lógica, explicar os motivos pelos quais uma norma jurídica deixará de incidir diante de um caso concreto.

Pode, portanto, ser encarada como uma verdadeira crítica às teorizações pós-positivistas de autores como Robert ALEXI e Ronald DWORKIN, mormente porque tais teorizações “ainda carecem de uma base filosófica e metodológica consistente”¹⁷

Com efeito, “a lei é bastante-em-si para se impor, todavia, isso não quer dizer que a sua previsão não possa ser questionada, exurgindo a teoria da derrotabilidade exatamente para atender a essa possibilidade”¹⁸.

Inicialmente idealizada por Herbert L. A. Hart, a derrotabilidade (*defeasibility*) foi, posteriormente, renegada por este autor e, então retomada por autores como Neil MacCormick, Gordon Baker, Carlos Alchourrón, Juan Carlos Bayon, Jorge Luiz Rodríguez, entre outros. No Brasil, uma das obras monográficas pioneiras acerca do tema é a já citada *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*, de lavra de Fernando Andreoni Vasconcellos.

A derrotabilidade de normas jurídicas adquire maior relevância no cenário jurídico brasileiro, onde as teorizações de Robert Alexy e Ronald Dworkin, por conta de interpretações duvidosas, deram margem a arbítrio judicial.

Vale dizer, perante a perspectiva de poder-se afastar os efeitos de determinada norma jurídica diante de um caso concreto, juízes passaram a excepcionar normas sem, entretanto, respeitar-se o critério de ponderação posto por Robert Alexy. Ou seja, deixa-se de lado a necessária clareza da fundamentação ao julgar-se um caso onde se identifique conflito entre normas jurídicas.

Nesse sentido, é preciso o diagnóstico de George MARMELESTEIN LIMA, para quem ao julgar-se um caso, não raro, tem-se deixado de lado, “a necessidade de argumentar objetivamente e de decidir com transparência. Esse ponto [a ponderação] é bastante negligenciado pela prática constitucional brasileira”¹⁹.

Deste modo, se mostra salutar a abordagem trazida pela teoria da derrotabilidade das normas jurídicas, quando mais diante do quadro supra narrado.

¹⁷ CELLA, José Renato Gaziero; SERBENA, Cesar Antonio. Prefácio – Derrotabilidade: uma refinada metodologia para o pós-positivismo. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Op. cit.*, p. 09.

¹⁸ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Op. cit.*, p. 62, 63.

¹⁹ MARMELESTEIN LIMA, George. *Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Disponível em, << <http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alex-y-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga> >>, acesso em 10/03/2011.

Nessa toada, a problemática abordada pela derrotabilidade surge porque “o Direito (Law) precisa ser formulado em termos gerais, mas as condições genericamente formuladas são sempre capazes de omitir referência a algum elemento que pode se tornar o fato operativo-chave num dado caso”²⁰.

Ademais, como ressalta Jorge Luiz Rodríguez,

“Desde una perspectiva positivista, el derecho es una construcción ideada por los seres humanos en su intento por ejercer el control sobre un cierto grupo social. Una condición necesaria para ejercitar ese control es la posibilidad de comunicar las directivas de las autoridades a los miembros del grupo. La dependencia del derecho del lenguaje que se emplea en una comunidad conduce a un inevitable margen de indeterminación en razón de la autoridad normativa comunica sus directivas mediante conceptos que siempre padecen de algún grado de vaguedad”²¹.

Como dito, a derrotabilidade busca, através da lógica, averiguar em que casos uma norma jurídica deixará de incidir. Todavia, como lembra Fernando Andreoni VASCONCELLOS,

“sem embargo da falta de univocidade do termo “derrotabilidade”, é possível afirmar a existência de um núcleo comum atribuído ao seu conceito, consistente na ideia segundo a qual a consequência da norma jurídica pode ser derrotada, afastada, não-aplicada, em razão da existência de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível”²².

Nesse sentido, impende frisar-se que a não incidência de uma norma jurídica deve ser encarada como exceção, fato que, desde logo acatado, pressupõe, por parte do órgão

²⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 315, 316.

²¹ RODRÍGUEZ, Jorge Luiz. Derrotabilidad e indeterminación del derecho – respuesta a Juan Carlos Bayón. In: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Juan Carlos. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 109-262, p. 261. Trad.: “Numa perspectiva positivista, o direito é uma construção idealizada pelos seres humanos para exercer o controle de certos grupos sociais. Uma condição necessária para exercitar este controle é a possibilidade de comunicar as diretivas das autoridades aos membros do grupo. A dependência do direito em relação à linguagem do local conduz a uma inevitável margem de indeterminação em razão do fato de que a autoridade normativa comunica suas diretivas mediante conceitos que sempre padecem de algum grau de vagueza.” – trad. autor.

²² VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Op. cit.*, p. 57.

jugador, uma “necessária *fundamentação e motivação* da decisão que se vale da derrotabilidade”²³.

Como ressalta Humberto ÁVILA, “A superação de uma regra depende da aplicabilidade geral das regras e do equilíbrio pretendido pelo sistema jurídico entre justiça geral e justiça individual”²⁴, até porque, como frisa esse mesmo autor,

“a demonstração de que o modelo de generalização não será significativamente afetado pelo aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade, nem pela grande falta de coordenação, pelos altos custos de deliberação ou por graves problemas de conhecimento. Enfim, a superação de uma regra condiciona-se à demonstração de que a justiça individual não afeta substancialmente a justiça geral”²⁵.

Por importante, ressalte-se que muito embora toda norma jurídica se afigure como derrotável, isso não significa ser “necessariamente derrotada”²⁶. Com efeito, para que uma norma seja derrotada deve ser obedecido o itinerário acima relatado, qual seja, guardar-se consonância com o ordenamento jurídico e fundamentar a decisão prolatada, isso tudo para que sejam respeitados os deveres de “resguardar a segurança jurídica e a isonomia”²⁷.

Nos casos em que o Conselho Nacional de Justiça anulou atos administrativos exarados há mais de 20 (vinte) anos, tal medida não foi, de todo, obedecida.

Com efeito, ao analisar-se a fundamentação dos atos de anulação de investiduras de titulares em cartórios das mais variadas regiões do Brasil, vê-se que o CNJ utilizou fundamentação padrão para a maioria dos casos, não descrevendo pormenorizadamente as circunstâncias em que se deu a prolação do ato administrativo e, tampouco, demonstrando o amparo legal em que se respaldaria sua decisão.

O Conselho limitou-se a asseverar a imperiosidade de concurso público para ingresso na serventia, a teor do disposto no parágrafo 3º, do artigo 236, da Constituição Federal²⁸.

²³ *Ibidem*, p. 90.

²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 119.

²⁵ *Ibidem*, p. 120.

²⁶ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Op. cit.*, p. 124.

²⁷ *Ibidem*, p. 125.

²⁸ 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.

Em relação ao artigo 54, da Lei 9.784/1995, afirmou que tal prazo somente se aplica aos atos administrativos anuláveis, não sendo estendido aos nulos.

O entendimento do CNJ pode ser expresso no seguinte trecho constante de grande parte das decisões que decretaram a nulidade das investiduras:

“Assim, designação posterior a 05 de outubro de 1988, que não seja decorrente de concurso público regular, só pode ter ocorrido a título precário, pouco importando o nome que lhe foi atribuído. Ainda que se entendesse que o ato irregular aqui analisado é anulável, há que se observar que a parte final do artigo 54 da lei 9.784/1999 exclui os atos de má fé da proteção caracterizada pela decadência.”²⁹

Ao proferir semelhante decisão, o Conselho Nacional de Justiça sufragou entendimento segundo o qual vício de constitucionalidade torna o ato administrativo nulo, bem como que o destinatário de tal ato teria agido eivado de má fé.

Deste modo, entendeu-se pela prevalência dos princípios da acessibilidade aos cargos e empregos públicos e da autotutela administrativa em face dos princípios da boa fé, da proteção da confiança e da segurança jurídica.

Cumpra portanto, passar à análise acerca do entendimento a ser exarado pelos órgãos jurisdicionais acerca da matéria .

4. A questão em apreço tem sido analisada majoritariamente pelo Supremo Tribunal Federal, Corte que em sede de mandado de segurança, num primeiro momento, entendeu por suspender liminarmente a eficácia das decisões do Conselho Nacional de Justiça.

Como é cediço, a questão dos cartórios é extremamente sensível, perpassando por inúmeros interesses, e certamente sua análise redundará em questões políticas, pois há grupos organizados pleiteando a realização de concursos nas serventias declaradas vagas, bem como há grupos que pressionam pela manutenção dos antigos titulares nestas. Afinal, não são raros os casos de serventias extremamente lucrativas a seus titulares³⁰.

De todo modo, muito embora o Supremo Tribunal Federal seja órgão eminentemente político, devem ser ressaltados os aspectos técnicos a serem levados em conta pelo Poder Judiciário quando da análise de referidas demandas.

²⁹ Tais decisões podem ser conferidas no Diário da Justiça Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça nº124/2010, do dia 12 de julho de 2010, que declarou vagas mais de 4.000 (quatro mil) serventias.

³⁰ Notícia dá conta de que em 2006, os cartórios arrecadaram R\$ 4 bilhões, sendo que a serventia mais rentável arrecadou mais de R\$ 28 milhões. Disponível em: <<<http://www.conjur.com.br/2010-jul-19/levantamento-cnj-revela-tabelaes-faturaram-bilhoes-2006>>>, acesso em 11/03/2011.

O primeiro deles diz respeito à presunção de legalidade e de legitimidade concernente aos atos administrativos consubstanciados nas delegações de serventias a titulares pretensamente irregulares. Com efeito, tais atos encontravam-se plenamente vigentes até serem postos em xeque pelo Conselho Nacional de Justiça e, na maioria dos casos, já havia perpassado o prazo decadencial previsto no artigo 54, da Lei 9.784/1999.

Nesse ponto, exsurtem as seguintes questões: como os atos administrativos encontravam-se plenamente vigentes e eficazes, geravam justas expectativas a seus destinatários; outrossim, a má fé jamais pode ser presumida, pelo contrário, mister se faz que seja provada, para que possa ser reconhecida pelo órgão jurisdicional; por fim, tendo transcorrido o prazo decadencial de 05 (cinco) anos, tais atos reputar-se-iam estabilizados, não sendo mais passíveis de anulação.

Acerca do artigo 54, da Lei 9.784/1999, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO dissertou:

“Trata-se de dispositivo de clareza meridiana. Ao intérprete e a um mero Regimento não é dado acrescentar à regra de direito suplementos que lhe reduzam ou ampliem a extensão, para fins de acomodá-la àquilo que lhe pareceria mais conveniente, segundo o próprio ponto de vista”³¹.

Ainda sobre o tema, prossegue o renomado juspublicista afirmando que anulação como a em tela procedida pelo CNJ:

“ignorou por completo a decadência de seu poder de fulminar atos que já se encontravam sob amparo da estabilidade que o decurso do tempo lhes havia outorgado e afrontou à escala vista os princípios da segurança jurídica, da lealdade e da boa-fé, os quais, ‘in casu’, mereceriam suma consideração por estarem em pauta atos esforçados no princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos. E tudo isto, tanto mais porque na decisão tomada foram ignorados os significativos agravos nela implicados”³².

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Consulta*. Parecer exarado em face da consulta proferida pela ANOREG-BR acerca do PCA 13.747, do Conselho Nacional de Justiça. São Paulo, 2011, p. 15.

³² *Ibidem*, p. 16.

Ademais, o Poder Judiciário deverá analisar no caso uma ampla gama de princípios jurídicos, para então emitir pronunciamento acerca da validade ou não das decisões do CNJ em comento.

Vale dizer, estar-se-á decidindo qual a norma jurídica mais apta a regular a situação posta em mesa: a pretensa irregular investidura de titulares de cartórios e a aplicabilidade do artigo 54, da Lei 9.784/1999, e dos demais princípios jurídicos já arrolados, ou a prevalência do artigo 236, § 3º, da Constituição Federal.

Afinal, como adverte Fernando Andreoni VASCONCELLOS,

“Entre a derrotabilidade da própria norma jurídica e a derrotabilidade de uma pretensão judicial baseada em determinada norma, existe pelo menos um ponto necessariamente em comum, qual seja, a existência de uma norma *derrotante*. Em qualquer espécie ou forma de derrotabilidade, seja na aplicação de exceções implícitas ou explícitas, seja na configuração de inabilidades genéricas ou eventuais, a existência de uma norma *derrotada* e outra *derrotante* constitui uma pressuposição necessária, independente de existir ou não alguma regra de preferência entre as normas em colisão”³³.

Noutras palavras, como assevera Almiro do COUTO E SILVA, no que atine à decretação de nulidade de um ato administrativo, “nem sempre é fácil discernir, porém, diante do caso concreto, qual o princípio que lhe é adequado, de modo a assegurar a realização da Justiça”³⁴.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o mérito da questão ora posta, tem se manifestado pela imperiosidade da existência de concurso público apto a prover titulares de ofícios notariais e de registro. Todavia, tal medida efetivou-se, até o presente momento, somente em sede de decisões monocráticas, inexistindo qualquer pronunciamento do Pleno de referida Corte acerca da matéria³⁵.

Ao agir deste modo, portanto, tem deixado de lado os princípios da segurança jurídica e da boa fé dos administrados, em detrimento do princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos.

³³ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Op. cit.*, p. 114.

³⁴ COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado do Direito contemporâneo. *Revista de direito público*. São Paulo, n. 84, p. 46-63, 1987, p. 46.

³⁵ Por todos, observe-se o decidido no Mandado de Segurança 29.125, Relator Min. Joaquim Barbosa, que, em caso onde a Serventia encontrava-se provida há mais de 21 anos, confirmou o entendimento do CNJ, denegando monocraticamente a segurança pleiteada:

Mais especificamente, coloca como cânone o disposto no parágrafo 3º, do artigo 236, da Constituição Federal, entendendo-o por norma supostamente inderrotável³⁶.

Neste ponto reside o primeiro equívoco a ser apontado na tendência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, pois, como visto, inexistente norma inderrotável.

Outrossim, cumpre trazer à baila a premente necessidade de fundamentação dos julgados.

Vale dizer, somente é possível chegar-se à conclusão esposada pelo Supremo Tribunal Federal caso sejam devidamente afastadas quaisquer alegações que refutem a imprescindibilidade de concurso para ingresso na atividade notarial e registral.

Faz-se mister, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, ou qualquer órgão jurisdicional que venha a enfrentar a questão, demonstre cabalmente os porquês de não incidirem no caso as normas jurídicas outrora declinadas, a saber, princípio da segurança jurídica, princípio da boa-fé, princípio da proteção da confiança.

Frise-se: impõe-se ao Pretório Excelso a declinação dos motivos pelos quais tais normas jurídicas não incidirão diante do caso, não havendo falar, destarte, na fórmula jurisprudencial segundo a qual *o juízo não está obrigado a refutar, um a um, os argumentos enumerados pelas partes*, até porque se trata de matéria essencial ao justo deslinde do caso, sendo vedada a omissão acerca deste ponto, inclusive, sob pena de negativa de prestação jurisdicional.

Impende, portanto, seja qual for a decisão a ser exarada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, que esta seja devidamente fundamentada e se mostre coerente com o ordenamento jurídico pátrio, sopesando-se com clareza as normas jurídicas em conflito de modo a exercer-se a jurisdição do modo devido, ou seja, sem se dispensar a casos extremamente específicos uma fundamentação genérica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

³⁶ Entendeu-se no Mandado de Segurança 29.125, que “o ingresso na atividade notarial e registral depende, necessariamente, para legitimar-se, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, sob pena de, em tal não ocorrendo, verificar-se a nulidade da outorga da delegação notarial e/ou registral”.

_____. *Consulta*. Parecer exarado em face da consulta proferida pela ANOREG-BR acerca do PCA 13.747, do Conselho Nacional de Justiça. São Paulo, 2011.

BITTENCOURT, Luiz Carlos Derbli. Controvérsias sobre o fato tributário nos embargos à execução fiscal. *Revista de processo*. São Paulo, n. 91, jul-set, p. 115-119, 1998.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: RT, 1987.

COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado do Direito contemporâneo. *Revista de direito público*. São Paulo, n. 84, p. 46-63, 1987.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARMELSTEIN LIMA, George. *Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Disponível em, << <http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexys-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga> >>, acesso em 10/03/2011.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRÍGUEZ, Jorge Luiz. Derrotabilidad e indeterminación del derecho – respuesta a Juan Carlos Bayón. In: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Juan Carlos. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1996.