

27/08/2015

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 817.338 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
RECTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
RECDO.(A/S) : **NEMIS DA ROCHA**
ADV.(A/S) : **HELENA RODRIGUES JORDAN TAKAHASHI E OUTRO(A/S)**

EMENTA

Direito Constitucional e Administrativo. Segurança concedida para declarar a decadência de ato da Administração por meio do qual se anulou portaria anistiadora. Análise quanto à existência ou não de frontal violação do art. 8º do ADCT. Julgamento de tese sobre a possibilidade de um ato administrativo, caso evidenciada a violação direta do texto constitucional, ser anulado pela Administração Pública quando decorrido o prazo decadencial previsto na Lei nº 9.784/99. Matéria dotada de repercussão econômica e jurídica. Questões suscetíveis de repetição em inúmeros processos. Repercussão geral reconhecida.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencidos os Ministros Edson Fachin, Cármen Lúcia, Roberto Barroso, Marco Aurélio e Celso de Mello. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Edson Fachin, Cármen Lúcia, Roberto Barroso, Marco Aurélio e Celso de Mello. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber.

RE 817338 RG / DF

Ministro DIAS TOFFOLI
Relator

27/08/2015

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 817.338 DISTRITO FEDERAL

Direito Constitucional e Administrativo. Segurança concedida para declarar a decadência de ato da Administração por meio do qual se anulou portaria anistiadora. Análise quanto à existência ou não de frontal violação do art. 8º do ADCT. Julgamento de tese sobre a possibilidade de um ato administrativo, caso evidenciada a violação direta do texto constitucional, ser anulado pela Administração Pública quando decorrido o prazo decadencial previsto na Lei nº 9.784/99. Matéria dotada de repercussão econômica e jurídica. Questões suscetíveis de repetição em inúmeros processos. Repercussão geral reconhecida.

União Federal e Ministério Público Federal interpõem recursos extraordinários contra acórdão em que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça concedeu a segurança para declarar a decadência de ato da Administração por meio do qual se anulou portaria anistiadora, nos termos da seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. REVISÃO DE ANISTIA CONCEDIDA COM BASE NA PORTARIA 1.104-GMS/1964. DECADÊNCIA DO ATO DE ANULAÇÃO. NOTAS E PARECERES DA AGU QUE NÃO SE PRESTAM À CARACTERIZAÇÃO DE MEDIDA IMPUGNATIVA NOS TERMOS DO § 2º DO ART. 54 DA LEI 9.784/99. MATÉRIA EXAMINÁVEL NA VIA MANDAMENTAL. AFRONTA AO ART. 8º DA CF/88. VIOLAÇÃO REFLEXA. PRECEDENTES DO STF. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. O poder-dever de a Administração de rever seus próprios atos, mesmo quando eivados de ilegalidade, encontra-se sujeito ao prazo decadencial de cinco

RE 817338 RG / DF

anos, ressalvada a comprovação de má-fé por parte do anistiado político, nos termos do previsto no art. 54, caput, da Lei 9.784/99 c.c. 37, § 5º, da Constituição da República, ou a existência de flagrante inconstitucionalidade.

2. Nos termos do art. 54, § 2º, da Lei 9.784/99, Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

3. O conceito de autoridade administrativa, a que alude o § 2º do art. 54 da Lei de Processo Administrativo, não pode ser estendido a todo e qualquer agente público, sob pena de tornar inaplicável a regra geral contida no caput, em favor da decadência.

4. Devem ser consideradas como exercício do direito de anular o ato administrativo apenas as medidas concretas de impugnação à validade do ato, tomadas pelo Ministro de Estado da Justiça autoridade que, assessorada pela Comissão de Anistia, tem competência exclusiva para decidir as questões relacionadas à concessão ou revogação das anistias políticas, nos termos do art. 1º, § 2º, III, da Lei 9.784/99 c/c 10 e 12, caput, da Lei 10.559/02.

5. As NOTAS AGU/JD-10/2003 e AGU/JD-1/2006 não se enquadram na definição de medida de autoridade administrativa no sentido sob exame, haja vista sua natureza de pareceres jurídicos, de caráter facultativo, formulados pelos órgãos consultivos, com trâmites internos, genéricos, os quais não se dirigem, especificamente, a quaisquer dos anistiados sob o pálio da Súmula Administrativa nº 2002.07.0003 da Comissão de Anistia.

6. Não incide a ressalva inscrita na parte final do

RE 817338 RG / DF

caput do art. 54 da 9.784/99, pois não se fala, em momento algum, na ocorrência de má-fé, vício que não pode ser presumido.

7. Hipótese em que a anulação da anistia foi promovida quando já ultrapassado o prazo decadencial de cinco anos, restando consumada a decadência administrativa, nos termos do caput do art. 54 da Lei 9.784/99.

8. A Portaria Interministerial MJ/AGU 134, de 15/2/11, que instaurou procedimento de revisão das anistias, mesmo se considerada hábil a afastar a decadência, não tem o condão de reabrir o prazo decadencial já finalizado.

9. A questão sub judice, dirimida pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria Interministerial MJ/AGU 134/11, não se vincula a eventual inconstitucionalidade da Súmula Administrativa 2002.07.0003 da Comissão de Anistia, uma vez que a definição de ato de exceção exclusivamente político, previsto no art. 8º, caput, do ADCT, foi deixado a cargo da legislação infraconstitucional, qual seja, da Lei 10.559/02.

10. Eventual equívoco da Comissão de Anistia ao editar a Súmula Administrativa 2002.07.0003 importaria em mera ofensa indireta à Constituição Federal, o que não desafia exame de (in)constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e, muito menos, por esta Corte. Precedentes do STF.

11. Precedentes: MS 18.728/DF, 18.606/DF, 18.682/DF e 18.590/DF (Rel. p/ ac. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Seção, julgados em 10/4/13).

12. Hipótese em que, quando da publicação da Portaria/MJ 1.960, em 6/9/12, ou, ainda, da Portaria Interministerial/MJ/AGU 134, de 15/2/11, já havia transcorrido o prazo decadencial, uma vez que a

RE 817338 RG / DF

Portaria/MJ 2.340, que concedeu a anistia, é de 9/12/03.

13. Segurança concedida para declarar a decadência do ato que anulou a portaria anistiadora. Custas ex lege. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105/STJ. Agravo regimental do impetrante prejudicado.

Em face dessa decisão foram opostos embargos de declaração, os quais, todavia, foram rejeitados.

Irresignada, a União interpôs apelo extremo com arrimo na alínea a do permissivo, suscitando a ocorrência de afronta ao art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como aos arts. 2º, 5º, incisos II, XXXVI e LXIX e 37, caput, da Constituição Federal.

Sustenta que a matéria versada no feito possui repercussão geral, dado não só o potencial efeito multiplicador da ação, como também o fato de a manutenção de anistia irregular implicar malferimento da Carta Maior. Assim, afirma que não há que se falar em decadência do direito da Administração Pública de anular o ato normativo inconstitucional.

Também sustenta a parte recorrente que a manutenção da decisão poderá obrigar o Poder Executivo da União a proceder ao desembolso de vultosas quantias, as quais podem chegar à casa dos bilhões, considerando-se as parcelas mensais e os retroativos. Esses desembolsos, na intelecção da recorrente, têm impacto sobre os princípios da legalidade, da supremacia da Constituição Federal; da despesa pública, uma vez que interferem na elaboração do orçamento para os próximos anos; e, também, da igualdade, pois inviabilizam projetos em benefício da população como um todo.

RE 817338 RG / DF

Pontua, ainda, que outro tema, correlato a essa mesma anistia concedida com base na Portaria n.º 11.104GM3/-1964, teve sua repercussão geral reconhecida pela Corte no RE n.º 553.710/DF, que se encontra sob a minha relatoria.

O Ministério Público Federal também interpôs apelo extremo com fulcro no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição da República, por entender que o acórdão recorrido teria violentado o art. 8º do ADCT e o art. 5º, inciso LXIX, da Carta Maior. Aduz que a questão constitucional posta nos autos ultrapassa os interesses subjetivos das partes, uma vez que pairam suspeitas de fraudes bilionárias nos processos administrativos de concessão de anistia política, fraudes essas que têm efeitos devastadores sobre o patrimônio público. Haveria, portanto, repercussão geral da matéria do ponto de vista econômico.

Articula, ainda, o Ministério Público a ideia de que a União editou, a tempo e modo, atos que expressam o exercício do poder-dever de anular, de maneira que, mesmo que fossem aplicáveis as prescrições da Lei n.º 9.784/99, existiria ato de conteúdo específico apto a interromper o prazo prescricional.

Intimada a se manifestar, a parte contrária apresentou suas contrarrazões. Em seguida, os apelos extremos foram admitidos pelo Superior Tribunal de Justiça, vindo os autos a esta Corte.

O ilustre Subprocurador-Geral da República, e eminente jurista, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, entendendo que a tese dos recursos mostra-se viável e de provável êxito, opinou pela submissão dos mesmos ao crivo do Plenário Virtual. Acaso acolhida a repercussão geral, pugnou por nova vista, a fim de se manifestar em definitivo sobre o mérito da causa.

RE 817338 RG / DF

Passo à minha manifestação como Relator.

Os temas postos em discussão nestes autos apresentam nítida densidade constitucional e, a toda evidência, extrapolam os interesses subjetivos das partes, sendo extremamente relevantes para os cidadãos, dada a vultosa quantia que vem sendo destacada do orçamento da União para a realização dos pagamentos aos anistiados.

Do exposto no breve relatório podemos inferir a primeira questão relevante a ser decidida por esta Suprema Corte, qual seja, se uma portaria que disciplina tempo máximo de serviço de militar atende aos requisitos do art. 8º do ADCT.

O segundo tema constitucional abordado em ambos os recursos aviados traz o seguinte questionamento: as situações flagrantemente inconstitucionais podem ser superadas pela incidência do que dispõe o art. 54 da Lei nº 9.784/99 ou será perpétuo o direito da Administração Pública de rever seus atos em situações de absoluta contrariedade direta à Constituição Federal?

A repercussão na esfera econômica é manifesta se observados os dados colacionados pelo Ministério Público Federal no sentido de que as anistias questionadas podem gerar uma folha mensal de despesas que pode superar a casa dos dezesseis (16) milhões de reais, podendo os valores retroativos pendentes, por sua vez, alcançar a marca de meio bilhão de reais.

Ressalto, ademais, que há evidente interesse jurídico na definição das teses no presente caso. Isso porque, em primeiro lugar, é expressivo o número de feitos atualmente em trâmite nesta Corte nos quais se discute a decadência do direito da Administração Pública de anular atos eivados de absoluta inconstitucionalidade.

RE 817338 RG / DF

Aliás, conquanto haja importante precedente consubstanciado no MS nº 28.279/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, no qual restou decidido que situações flagrantemente inconstitucionais não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do prazo decadencial da Lei nº 9.784/99, a questão continua a ser reiteradamente submetida a este tribunal, sendo que sobre ela não há, ainda, um posicionamento definitivo e vinculante desta Suprema Corte.

Convém observar, também, o teor de cada um dos debates formados no julgamento das seguintes demandas subjetivas: MS nº 26.860/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, Pleno, julgado em 2/4/14; MS nº 28.371/DF-AgR, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, Pleno, julgado em 13/12/12; e MS nº 28273/DF-AgR, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, julgado em 13/12/12.

Registro que a Suprema Corte assentou, no RE nº 636.553/RS, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a repercussão geral da discussão relativa à incidência do prazo decadencial de cinco (5) anos previsto na Lei nº 9.784/99 para a Administração anular seus atos quando eivados de ilegalidade. Ocorre que pela leitura da descrição do Tema nº 445 de Repercussão Geral, como da ementa do acórdão decorrente do julgamento pelo Plenário Virtual, podemos concluir que divergem as questões ali postas das que serão decididas por esta Corte nestes autos.

Para a certeza das coisas, eis o texto do Tema nº 445 de Repercussão Geral e sua descrição, conforme extraídos do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal:

RE 817338 RG / DF

Tema 445 - Obrigatoriedade de o Tribunal de Contas da União TCU observar os princípios do contraditório e da ampla defesa no exame da legalidade de atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões, após o decurso do prazo de cinco anos.

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, XXXV e LV; 37, caput; 71 e 74, da Constituição Federal, a necessidade, ou não, de o Tribunal de Contas da União - TCU observar os princípios do contraditório e da ampla defesa no exame da legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões, após o decurso do prazo decadencial de cinco anos, previsto no art. 54 da Lei 9.784/99.

E, para que não parem dúvidas quanto à necessidade de se reconhecer a repercussão geral das questões jurídicas postas nesses dois apelos extremos, segue abaixo a ementa do julgamento do Plenário Virtual e trecho da manifestação do eminente relator no RE nº 636.553/RS, com os destaques na parte que interessa:

Recurso extraordinário. 2. Servidor público. Aposentadoria. 3. Anulação do ato pelo TCU. Discussão sobre a incidência do prazo decadencial de 5 anos, previsto na Lei 9.784/99, para a Administração anular seus atos, quando eivados de ilegalidade. Súmula 473 do STF. Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Repercussão geral reconhecida.

(...) Discute-se nos autos a necessidade de a Administração Pública observar o prazo decadencial de 5 anos previsto na Lei 9.784/99 para anular seus atos,

RE 817338 RG / DF

quando maculados pela ilegalidade.

Com efeito, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a Administração pode anular seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade ou inconstitucionalidade (Súmula 473 do STF). É certo também que o julgamento da legalidade da concessão inicial da aposentadoria pelo Tribunal de Contas não está sujeito ao contraditório e à ampla defesa, conforme se depreende da Súmula Vinculante 3.

Todavia, esta Corte firmou entendimento no sentido de que, caso o julgamento da legalidade da aposentadoria pelo TCU seja realizado após 5 anos contados da concessão do benefício, é necessária a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa para que seja preservada a segurança jurídica das relações.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA APENAS SE PASSADO MAIS DE CINCO ANOS. SEGURANÇA CONCEDIDA. I - Caso o Tribunal de Contas da União aprecie a legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão após mais de cinco anos, há a necessidade de assegurar aos interessados as garantias do contraditório e da ampla defesa. II - Segurança concedida para que seja reaberto o processo administrativo com a observância do due process of law (MS 26.053, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe 23.2.2011).

Cito, ainda, entre inúmeros outros, os seguintes

RE 817338 RG / DF

julgados: MS 25.403, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe 10.2.2011; MS 26.085, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe 13.6.2008; MS 24.268, de minha relatoria, Pleno, DJ 17.9.2004.

No caso, o Tribunal de Contas da União, ao analisar a legalidade da aposentadoria do servidor público concedida há quase 7 anos, constatou a existência de irregularidades, motivo pelo qual considerou ilegal o ato de sua concessão. Extrai-se da inicial que o servidor foi notificado da decisão do TCU, sendo oportunizada a interposição de recurso administrativo, o qual foi rejeitado nos termos do Acórdão 2.699/2003-TCU.

Nessa esteira, apesar de transcorridos mais de 5 anos da concessão inicial da aposentadoria, foi facultado ao servidor o direito de defesa, não se verificando, na hipótese, irregularidade na atuação do Tribunal de Contas da União (grifos nossos).

Pelo exposto, concluo que as matérias suscitadas nos recursos extraordinários apresentam nítida densidade constitucional e extrapolam os interesses subjetivos das partes, pois repercutem na sociedade como um todo. Não bastasse isso, diante das questões levantadas pelas partes e descritas nesta manifestação, nota-se que a discussão travada nos autos possui potencial efeito multiplicador e inquestionável relevo econômico, sendo ainda dotada de evidente repercussão jurídica. Destarte, manifesto-me pela repercussão geral das matérias.

Brasília, 4 de agosto de 2015.

Ministro Dias Toffoli
Relator

RE 817338 RG / DF

Documento assinado digitalmente

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 817.338 DISTRITO FEDERAL

PRONUNCIAMENTO

REPERCUSSÃO GERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AUSÊNCIA DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL – INADEQUAÇÃO DO INSTITUTO.

1. O assessor Dr. José Marcos Vieira Rodrigues Filho prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário nº 817.338/DF, da relatoria do ministro Dias Toffoli, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 7 de agosto de 2015.

O processo revela mandado de segurança impetrado por ex-militar contra ato do Ministro de Estado da Justiça, consubstanciado na Portaria/MJ nº 1960, de 6 de setembro de 2012, mediante o qual se invalidou a Portaria/MJ nº 2.340, de 9 de dezembro de 2003, em que se declarou a anistia política do impetrante.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça deferiu a segurança a fim de reconhecer a decadência do direito de a União rever o referido ato concessivo de anistia. Assentou, com base em precedentes do Tribunal, que se aplica aos atos administrativos eivados de ilegalidade o prazo decadencial de cinco anos, estabelecido no artigo 54, cabeça, da Lei nº 9.784/99, cujo termo inicial é a percepção do primeiro pagamento da reparação continuada, conforme o § 1º do aludido preceito.

RE 817338 RG / DF

Afirmou que, mesmo na hipótese de se admitir que a portaria de instauração do procedimento de revisão das anistias – Portaria Interministerial MJ/AGU nº 134, de 15 de fevereiro de 2011 – fosse capaz de afastar a decadência, a reabertura do prazo quinquenal estaria condicionada à prévia cientificação do anistiado político, a teor do disposto no artigo 66 da Lei nº 9.784/99. Consignou que as Notas AGU/JD-10/2003 e AGU/JD-1/2006, referentes a pareceres expedidos pela Advocacia Geral da União – AGU, de conteúdo genérico, não se enquadram como “medida de autoridade administrativa”, prevista no artigo 54, § 2º, da Lei nº 9.784/99, não sendo, portanto, capazes de obstar a fluência do prazo decadencial relativo a cada anistiado. Salientou a submissão do direito de revisão das anistias à decadência, porquanto a questão dirimida pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria Interministerial MJ/AGU 134/11 não se vincula a eventual inconstitucionalidade da Súmula Administrativa 2002.07.0003 da Comissão de Anistia, por afronta ao artigo 8º, cabeça, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, a qual, se existisse, seria meramente reflexa em face da Lei nº 10.559/02. Concluiu que, no caso concreto, quando a Portaria/MJ nº 1.960/12 foi editada, a Administração já havia decaído do direito de revisar a decisão concessiva de anistia. Explicitou que o Grupo de Trabalho Interministerial MJ/AGU não veiculou, no ato de anulação, nenhuma imputação de má-fé ao impetrante, de modo que não se faz presente a ressalva contida no referido artigo 54 da Lei nº 9.784/99.

Embargos de declaração apresentados foram desprovidos.

Nos extraordinários, protocolados com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, a União e o Ministério Público Federal arguem desrespeito aos artigos 2º, 5º, incisos II, XXXVI e LXIX, e 37, cabeça e § 5º, do corpo permanente da Carta da República e 8º do ADCT, bem como aos princípios da legalidade da despesa pública e da igualdade.

RE 817338 RG / DF

A União sustenta, ante o entendimento formalizado pelo Supremo no Mandado de Segurança nº 28.279, da relatoria da min. Ellen Gracie, não se sujeitar a revisão de ato considerado inconstitucional ao prazo de decadência versado no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, porquanto a ofensa à Lei Maior não seria passível de convalidação. Destaca a inconstitucionalidade da Súmula Administrativa nº 2002.07.003 da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, bem como da Portaria deste Ministério que formalizou a anistia com fundamento único na Portaria nº 1.104/1964-GM3, em virtude da inobservância do requisito constante do artigo 8º do ADCT, consistente na comprovação de que a pessoa tenha sido atingida por ato de exceção em decorrência de motivação exclusivamente política. Evoca o Verbete nº 674 da Súmula do Supremo para aduzir que nem atos de punição disciplinar com base em lei ordinária ensejam a concessão de anistia, mesmo quando praticados com motivação política. Defende que não se pode considerar válida a anistia concedida exclusivamente com base na Portaria nº 1.104/1964-GM3, ato administrativo genérico e impessoal de licenciamento de militares da Força Aérea Brasileira, praticado em conformidade com a lei de regência e sem caráter de discriminação ou punição disciplinar. Acrescenta que o parecer jurídico Nota nº AGU/JD-1/2006, de 7 de fevereiro de 2006, deve ser considerado exercício do direito de anular, nos termos do artigo 54, § 2º, da Lei nº 9.784/99, em razão de consubstanciar medida impugnativa das anistias concedidas com alicerce na Súmula Administrativa nº 2002.07.0003 da Comissão de Anistia, tendo por isso a capacidade de obstar a decadência. Anota ser a concessão de anistia ato complexo, o qual só se aperfeiçoa com a respectiva confirmação pelo Tribunal de Contas da União – TCU, momento a partir do qual começa a fluir o prazo de decadência do direito de a Administração anular o mencionado ato. Frisa que o disposto no artigo 17 da Lei nº 10.559/2002 reafirma o poder de autotutela da Administração, a legitimar a invalidação do ato em questão. Diz não ocorrer prescrição do

RE 817338 RG / DF

direito do particular de se ver declarado anistiado, daí, em atenção à isonomia, também não deveria a Administração se sujeitar à prescrição. Aduz que impedir a anulação da portaria anistiadora implica obstar o ajuizamento de ações tendentes a ressarcir o erário, pretensão que não se vê condicionada a prazo, nos termos do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal. Alega violar a separação dos Poderes e o princípio da legalidade a desconstituição do ato de invalidação da Administração editado de acordo com o devido processo legal, os princípios da ampla defesa e do contraditório e embasado na inconstitucionalidade da concessão de anistia. Ressalta a afronta ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta da República, mediante o reconhecimento de direito adquirido ao regime jurídico de anistiado político.

A par desses argumentos, o Ministério Público Federal defende a prescindibilidade do reexame da moldura fática delineada pelo Superior e destaca a existência de recomendação do Tribunal de Contas da União, direcionada ao Ministério da Justiça, no sentido de que se proceda à revisão das concessões de anistia que tiveram por único fundamento a Portaria nº 1.104/1964-GM3, a qual, por si só, não revelaria ato de exceção ou perseguição política.

Sob o ângulo da repercussão geral, salientam que a matéria versada no recurso ultrapassa os limites subjetivos da lide, mostrando-se relevante do ponto de vista jurídico, político e econômico. Apontam a possibilidade de efeito multiplicador, pois milhares de ex-militares estariam em situação idêntica, a importar o pagamento de somas elevadas a título de verbas retroativas. Noticiam que o tema atinente à mesma Portaria nº 1.104/1964-GM3 já teve repercussão geral reconhecida pelo Supremo no Recurso Extraordinário 553.710/DF, da relatoria do ministro Dias Toffoli, ainda pendente de julgamento.

A parte recorrida, em contrarrazões, ressalta, inicialmente,

RE 817338 RG / DF

a ilegitimidade da representação da União, a inexistência de repercussão geral, a ausência de questão constitucional, a impossibilidade de reexame de matéria fática e a falta de prequestionamento em relação aos dispositivos constantes do recurso do Ministério Público. Destaca que os fundamentos do acórdão recorrido encontram respaldo na jurisprudência do Supremo, o que atrairia o óbice do Verbete nº 286. Sustenta que a Comissão de Anistia tem competência privativa para analisar requerimentos nesse sentido e observa haver a Administração decaído do direito de revisar o ato declaratório de anistia, ante o fato de a Nota AGU/JD/1-2006, consistente em mero expediente de comunicação interna, não revelar medida a importar impugnação à validade da Portaria nº 1.104/1964-GM3, do Ministério da Aeronáutica. Argumenta que o mencionado ato traz, por si só, conteúdo relacionado à perseguição política, assistindo-lhe direito líquido e certo a ser anistiado, não se vislumbrando ofensa ao artigo 5º, inciso LXIX, da Lei Maior. Aduz não constar do procedimento administrativo de revisão qualquer tipo de prova de que a anistia tenha sido concedida mediante má-fé, de modo que a anulação do aludido ato implica transgressão à segurança jurídica e à moralidade administrativa.

O extraordinário foi admitido na origem.

Eis o pronunciamento do ministro Dias Toffoli:

Direito Constitucional e Administrativo. Segurança concedida para declarar a decadência de ato da Administração por meio do qual se anulou portaria anistiadora. Análise quanto à existência ou não de frontal violação do art. 8º do ADCT. Julgamento de tese sobre a possibilidade de um ato administrativo, caso evidenciada a violação direta do texto constitucional, ser anulado pela Administração Pública quando decorrido o prazo

RE 817338 RG / DF

decadencial previsto na Lei nº 9.784/99. Matéria dotada de repercussão econômica e jurídica. Questões suscetíveis de repetição em inúmeros processos. Repercussão geral reconhecida.

União Federal e Ministério Público Federal interpõem recursos extraordinários contra acórdão em que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça concedeu a segurança para declarar a decadência de ato da Administração por meio do qual se anulou portaria anistiadora, nos termos da seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. REVISÃO DE ANISTIA CONCEDIDA COM BASE NA PORTARIA 1.104-GMS/1964. DECADÊNCIA DO ATO DE ANULAÇÃO. NOTAS E PARECERES DA AGU QUE NÃO SE PRESTAM À CARACTERIZAÇÃO DE MEDIDA IMPUGNATIVA NOS TERMOS DO § 2º DO ART. 54 DA LEI 9.784/99. MATÉRIA EXAMINÁVEL NA VIA MANDAMENTAL. AFRONTA AO ART. 8º DA CF/88. VIOLAÇÃO REFLEXA. PRECEDENTES DO STF. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. O poder-dever de a Administração de rever seus próprios atos, mesmo quando eivados de ilegalidade, encontra-se sujeito ao prazo decadencial de cinco anos, ressalvada a comprovação de má-fé por parte do anistiado político, nos termos do previsto no art. 54, caput, da Lei 9.784/99 c.c. 37, § 5º, da Constituição da República, ou a existência de flagrante inconstitucionalidade.

2. Nos termos do art. 54, § 2º, da Lei 9.784/99, Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

3. O conceito de autoridade administrativa, a que alude o § 2º do art. 54 da Lei de Processo Administrativo, não pode ser estendido a todo e qualquer agente público, sob pena de tornar inaplicável a regra geral contida no caput, em favor da decadência.

RE 817338 RG / DF

4. Devem ser consideradas como exercício do direito de anular o ato administrativo apenas as medidas concretas de impugnação à validade do ato, tomadas pelo Ministro de Estado da Justiça autoridade que, assessorada pela Comissão de Anistia, tem competência exclusiva para decidir as questões relacionadas à concessão ou revogação das anistias políticas, nos termos do art. 1º, § 2º, III, da Lei 9.784/99 c/c 10 e 12, caput, da Lei 10.559/02.

5. As NOTAS AGU/JD-10/2003 e AGU/JD-1/2006 não se enquadram na definição de medida de autoridade administrativa no sentido sob exame, haja vista sua natureza de pareceres jurídicos, de caráter facultativo, formulados pelos órgãos consultivos, com trâmites internos, genéricos, os quais não se dirigem, especificamente, a quaisquer dos anistiados sob o pálio da Súmula Administrativa nº 2002.07.0003 da Comissão de Anistia.

6. Não incide a ressalva inscrita na parte final do caput do art. 54 da 9.784/99, pois não se fala, em momento algum, na ocorrência de má-fé, vício que não pode ser presumido.

7. Hipótese em que a anulação da anistia foi promovida quando já ultrapassado o prazo decadencial de cinco anos, restando consumada a decadência administrativa, nos termos do caput do art. 54 da Lei 9.784/99.

8. A Portaria Interministerial MJ/AGU 134, de 15/2/11, que instaurou procedimento de revisão das anistias, mesmo se considerada hábil a afastar a decadência, não tem o condão de reabrir o prazo decadencial já finalizado.

9. A questão sub judice, dirimida pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria Interministerial MJ/AGU 134/11, não se vincula a eventual inconstitucionalidade da Súmula Administrativa 2002.07.0003 da Comissão de

RE 817338 RG / DF

Anistia, uma vez que a definição de ato de exceção exclusivamente político, previsto no art. 8º, caput, do ADCT, foi deixado a cargo da legislação infraconstitucional, qual seja, da Lei 10.559/02.

10. Eventual equívoco da Comissão de Anistia ao editar a Súmula Administrativa 2002.07.0003 importaria em mera ofensa indireta à Constituição Federal, o que não desafia exame de (in)constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e, muito menos, por esta Corte. Precedentes do STF.

11. Precedentes: MS 18.728/DF, 18.606/DF, 18.682/DF e 18.590/DF (Rel. p/ ac. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Seção, julgados em 10/4/13).

12. Hipótese em que, quando da publicação da Portaria/MJ 1.960, em 6/9/12, ou, ainda, da Portaria Interministerial/MJ/AGU 134, de 15/2/11, já havia transcorrido o prazo decadencial, uma vez que a Portaria/MJ 2.340, que concedeu a anistia, é de 9/12/03.

13. Segurança concedida para declarar a decadência do ato que anulou a portaria anistiadora. Custas ex lege. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105/STJ. Agravo regimental do impetrante prejudicado.

Em face dessa decisão foram opostos embargos de declaração, os quais, todavia, foram rejeitados.

Irresignada, a União interpôs apelo extremo com arrimo na alínea a do permissivo, suscitando a ocorrência de afronta ao art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como aos arts. 2º, 5º, incisos II, XXXVI e LXIX e 37, caput, da Constituição Federal.

Sustenta que a matéria versada no feito possui repercussão geral, dado não só o potencial efeito multiplicador da ação, como também o fato de a manutenção de anistia irregular implicar malferimento da Carta Maior. Assim, afirma que não há que se falar em

RE 817338 RG / DF

decadência do direito da Administração Pública de anular o ato normativo inconstitucional.

Também sustenta a parte recorrente que a manutenção da decisão poderá obrigar o Poder Executivo da União a proceder ao desembolso de vultosas quantias, as quais podem chegar à casa dos bilhões, considerando-se as parcelas mensais e os retroativos. Esses desembolsos, na inteligência da recorrente, têm impacto sobre os princípios da legalidade, da supremacia da Constituição Federal; da despesa pública, uma vez que interferem na elaboração do orçamento para os próximos anos; e, também, da igualdade, pois inviabilizam projetos em benefício da população como um todo.

Pontua, ainda, que outro tema, correlato a essa mesma anistia concedida com base na Portaria n.º 11.104GM3/-1964, teve sua repercussão geral reconhecida pela Corte no RE n.º 553.710/DF, que se encontra sob a minha relatoria.

O Ministério Público Federal também interpôs apelo extremo com fulcro no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição da República, por entender que o acórdão recorrido teria violentado o art. 8º do ADCT e o art. 5º, inciso LXIX, da Carta Maior. Aduz que a questão constitucional posta nos autos ultrapassa os interesses subjetivos das partes, uma vez que pairam suspeitas de fraudes bilionárias nos processos administrativos de concessão de anistia política, fraudes essas que têm efeitos devastadores sobre o patrimônio público. Haveria, portanto, repercussão geral da matéria do ponto de vista econômico.

Articula, ainda, o Ministério Público a ideia de que a União editou, a tempo e modo, atos que expressam o exercício do poder-dever de anular, de maneira que, mesmo que fossem aplicáveis as prescrições da Lei n.º 9.784/99, existiria ato de conteúdo específico apto a interromper o prazo prescricional.

RE 817338 RG / DF

Intimada a se manifestar, a parte contrária apresentou suas contrarrazões. Em seguida, os apelos extremos foram admitidos pelo Superior Tribunal de Justiça, vindo os autos a esta Corte.

O ilustre Subprocurador-Geral da República, e eminente jurista, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, entendendo que a tese dos recursos mostra-se viável e de provável êxito, opinou pela submissão dos mesmos ao crivo do Plenário Virtual. Acaso acolhida a repercussão geral, pugnou por nova vista, a fim de se manifestar em definitivo sobre o mérito da causa.

Passo à minha manifestação como Relator.

Os temas postos em discussão nestes autos apresentam nítida densidade constitucional e, a toda evidência, extrapolam os interesses subjetivos das partes, sendo extremamente relevantes para os cidadãos, dada a vultosa quantia que vem sendo destacada do orçamento da União para a realização dos pagamentos aos anistiados.

Do exposto no breve relatório podemos inferir a primeira questão relevante a ser decidida por esta Suprema Corte, qual seja, se uma portaria que disciplina tempo máximo de serviço de militar atende aos requisitos do art. 8º do ADCT.

O segundo tema constitucional abordado em ambos os recursos aviados traz o seguinte questionamento: as situações flagrantemente inconstitucionais podem ser superadas pela incidência do que dispõe o art. 54 da Lei nº 9.784/99 ou será perpétuo o direito da Administração Pública de rever seus atos em situações de absoluta contrariedade direta à Constituição Federal?

A repercussão na esfera econômica é manifesta se observados os dados colacionados pelo Ministério Público Federal no sentido de que as anistias questionadas podem gerar uma folha mensal de despesas que pode superar a casa dos dezesseis (16) milhões de reais, podendo os valores retroativos pendentes, por sua vez, alcançar a

RE 817338 RG / DF

marca de meio bilhão de reais.

Ressalto, ademais, que há evidente interesse jurídico na definição das teses no presente caso. Isso porque, em primeiro lugar, é expressivo o número de feitos atualmente em trâmite nesta Corte nos quais se discute a decadência do direito da Administração Pública de anular atos eivados de absoluta inconstitucionalidade. Aliás, conquanto haja importante precedente consubstanciado no MS nº 28.279/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, no qual restou decidido que situações flagrantemente inconstitucionais não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do prazo decadencial da Lei nº 9.784/99, a questão continua a ser reiteradamente submetida a este tribunal, sendo que sobre ela não há, ainda, um posicionamento definitivo e vinculante desta Suprema Corte.

Convém observar, também, o teor de cada um dos debates formados no julgamento das seguintes demandas subjetivas: MS nº 26.860/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, Pleno, julgado em 2/4/14; MS nº 28.371/DF-AgR, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, Pleno, julgado em 13/12/12; e MS nº 28273/DF-AgR, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, julgado em 13/12/12.

Registro que a Suprema Corte assentou, no RE nº 636.553/RS, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a repercussão geral da discussão relativa à incidência do prazo decadencial de cinco (5) anos previsto na Lei nº 9.784/99 para a Administração anular seus atos quando eivados de ilegalidade. Ocorre que pela leitura da descrição do Tema nº 445 de Repercussão Geral, como da ementa do acórdão decorrente do julgamento pelo Plenário Virtual, podemos concluir que divergem as questões ali postas das que serão decididas por esta Corte nestes autos.

Para a certeza das coisas, eis o texto do Tema nº 445 de Repercussão Geral e sua descrição, conforme extraídos

RE 817338 RG / DF

do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal:

Tema 445 - Obrigatoriedade de o Tribunal de Contas da União TCU observar os princípios do contraditório e da ampla defesa no exame da legalidade de atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões, após o decurso do prazo de cinco anos.

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, XXXV e LV; 37, caput; 71 e 74, da Constituição Federal, a necessidade, ou não, de o Tribunal de Contas da União - TCU observar os princípios do contraditório e da ampla defesa no exame da legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões, após o decurso do prazo decadencial de cinco anos, previsto no art. 54 da Lei 9.784/99.

E, para que não parem dúvidas quanto à necessidade de se reconhecer a repercussão geral das questões jurídicas postas nesses dois apelos extremos, segue abaixo a ementa do julgamento do Plenário Virtual e trecho da manifestação do eminente relator no RE nº 636.553/RS, com os destaques na parte que interessa:

Recurso extraordinário. 2. Servidor público. Aposentadoria. 3. Anulação do ato pelo TCU. Discussão sobre a incidência do prazo decadencial de 5 anos, previsto na Lei 9.784/99, para a Administração anular seus atos, quando eivados de ilegalidade. Súmula 473 do STF. Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Repercussão geral reconhecida.

(...) Discute-se nos autos a necessidade de a Administração Pública observar o prazo decadencial de 5 anos previsto na Lei 9.784/99 para anular seus atos, quando maculados pela ilegalidade.

Com efeito, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a Administração pode anular seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade ou inconstitucionalidade (Súmula 473 do STF). É certo também que o julgamento da legalidade da concessão

RE 817338 RG / DF

inicial da aposentadoria pelo Tribunal de Contas não está sujeito ao contraditório e à ampla defesa, conforme se depreende da Súmula Vinculante 3.

Todavia, esta Corte firmou entendimento no sentido de que, caso o julgamento da legalidade da aposentadoria pelo TCU seja realizado após 5 anos contados da concessão do benefício, é necessária a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa para que seja preservada a segurança jurídica das relações.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA APENAS SE PASSADO MAIS DE CINCO ANOS. SEGURANÇA CONCEDIDA. I - Caso o Tribunal de Contas da União aprecie a legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão após mais de cinco anos, há a necessidade de assegurar aos interessados as garantias do contraditório e da ampla defesa. II - Segurança concedida para que seja reaberto o processo administrativo com a observância do due process of law (MS 26.053, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe 23.2.2011).

Cito, ainda, entre inúmeros outros, os seguintes julgados: MS 25.403, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe 10.2.2011; MS 26.085, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe 13.6.2008; MS 24.268, de minha relatoria, Pleno, DJ 17.9.2004.

No caso, o Tribunal de Contas da União, ao analisar a legalidade da aposentadoria do servidor público concedida há quase 7 anos, constatou a existência de irregularidades, motivo pelo qual considerou ilegal o ato

RE 817338 RG / DF

de sua concessão. Extrai-se da inicial que o servidor foi notificado da decisão do TCU, sendo oportunizada a interposição de recurso administrativo, o qual foi rejeitado nos termos do Acórdão 2.699/2003-TCU.

Nessa esteira, apesar de transcorridos mais de 5 anos da concessão inicial da aposentadoria, foi facultado ao servidor o direito de defesa, não se verificando, na hipótese, irregularidade na atuação do Tribunal de Contas da União (grifos nossos).

Pelo exposto, concluo que as matérias suscitadas nos recursos extraordinários apresentam nítida densidade constitucional e extrapolam os interesses subjetivos das partes, pois repercutem na sociedade como um todo. Não bastasse isso, diante das questões levantadas pelas partes e descritas nesta manifestação, nota-se que a discussão travada nos autos possui potencial efeito multiplicador e inquestionável relevo econômico, sendo ainda dotada de evidente repercussão jurídica. Destarte, manifesto-me pela repercussão geral das matérias.

Brasília, 4 de agosto de 2015.

Ministro Dias Toffoli

Relator

Documento assinado digitalmente

2. A premissa do instituto da repercussão geral é o envolvimento de controvérsia constitucional. O acórdão impugnado resultou de interpretação de normas estritamente legais, não ensejando campo ao acesso ao Supremo. A tentativa acaba por fazer-se voltada a transformá-lo em mero revisor dos atos dos demais tribunais do País. À mercê da articulação sobre a violência à Carta da República, pretende-se submeter a análise matéria que não se enquadra no inciso III do artigo 102 da Constituição Federal.

RE 817338 RG / DF

3. Pronuncio-me pela inadequação do instituto da repercussão geral.
4. À Assessoria, para acompanhar a tramitação do incidente.
5. Publiquem.

Brasília, 25 de agosto de 2015.

Ministro MARCO AURÉLIO