



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN: 2359-5639

Universidade Federal do Paraná

ROSSATO, WILLIAN; CRISTÓVAM, JOSÉ SÉRGIO DA SILVA

Decadência administrativa e atos inconstitucionais: uma
análise a partir do recurso extraordinário nº 817.338

Revista de Investigações Constitucionais, vol. 4, núm. 2, 2017, Maio-Agosto, pp. 221-241

Universidade Federal do Paraná

DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v4i2.51282>

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=534057807011>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais informações do artigo
- Site da revista em redalyc.org

UABM redalyc.org

Sistema de Informação Científica Redalyc

Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal

Sem fins lucrativos acadêmica projeto, desenvolvido no âmbito da iniciativa
acesso aberto



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 4 | n. 2 | maio/agosto 2017 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



Decadência administrativa e atos inconstitucionais: uma análise a partir do recurso extraordinário nº 817.338

Administrative decadence and unconstitutional acts: an analysis from the extraordinary appeal n° 817.338

WILLIAN ROSSATO*

Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)

will_rossato@hotmail.com

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM**

Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)

jscristovam@gmail.com

Recebido/Received: 17.03.2017 / March 17th, 2017

Aprovado/Approved: 18.07.2017 / July 18th, 2017

Resumo

A questão da decadência dos atos administrativos no caso de inconstitucionalidade é analisada a partir da análise do Recurso Extraordinário nº 817.338 – que aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF). Nele se discute a possibilidade de anulação de ato administrativo pela Administração Pública, caso evidenciada violação direta a texto constitucional, mesmo se decorrido o prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99. Aqui, não cabe verificar a (in)constitucionalidade da Portaria nº 2.340/03, expedida pelo Ministro da Justiça em 09 de dezembro de 2003, sua suposta carência de pressuposto de validade (motivo) e a afronta direta ou indireta ao artigo 8º do Ato das Disposições

Abstract

The article addresses the issue of the decadence of administrative acts in case of unconstitutionality, based on the analysis of the Extraordinary Appeal nº 817.338 – awaiting judgment in the Supremo Tribunal Federal (STF) – Supreme Court – which discusses the possibility of annulment of an administrative act by the Public Administration, once a direct violation of the constitutional text is verified, even if the decadential period provided for the article 54 of the Federal Law nº 9.784/99 has elapsed. Here, it's not intended to verify the (un) constitutionality of the Administrative Rule nº 2.340/03 issued by the Minister of Justice on december 9, 2003, nor it's alleged lack of validity assumption (motive) and the direct or indirect affront to the article 8 of

Como citar esse artigo/How to cite this article: ROSSATO, Willian; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Decadência administrativa e atos inconstitucionais: uma análise a partir do recurso extraordinário nº 817.338. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 221-241, mai./ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.51282.

*Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil). E-mail: will_rossato@hotmail.com.

**Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil). Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil), com período sanduiche em Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP-UTL-Portugal). Mestrado e Graduação pela mesma Instituição. Professor Visitante na *Ecole Nationale D'Administration* (França). Professor Visitante na Universidade Técnica de Lisboa (Portugal). E-mail: jscristovam@gmail.com.

Constitucionais Transitórias (ADCT). Pretende-se sim discutir se esse ato, caso reconhecido como inconstitucional, poderia ter seus efeitos estabilizados pelo tempo, em observância ao disposto no inciso XXXVI, do artigo 5º da Constituição Federal, a partir do debate sobre a extensão do dever-poder de a Administração Pública anular seus próprios atos, bem como os efeitos da decadência sobre atos tidos como nulos, anuláveis ou inconstitucionais. Cumpre apontar que, ante as particularidades do caso e a ausência de outros precedentes específicos, o Recurso Extraordinário nº 817.338 poderá ser primeiro caso em que o Supremo Tribunal Federal enfrentará, efetivamente, o conflito entre a tutela da confiança *versus* o império da ordem constitucional. O método de abordagem será o dedutivo, pelo método de procedimento comparativo e pela técnica de pesquisa bibliográfica e documental, com análise da legislação envolvida, da doutrina sobre o tema e dos precedentes do STF que se mostram importantes ao desenvolvimento do trabalho.

the Transitory Constitutional Provisions' Act. Nevertheless, the article aim to discuss whether this acts, if recognized as unconstitutional, could have their effects stabilized over time, in compliance with the provisions of the subsection XXXVI of the article 5 of the Federal Constitution, based on the debate on the extension of the duty-faculty of the Public Administration to annul its own acts, as well as the effects of the decadence within acts considered nulls, voids or unconstitutionals. It should be pointed out that, given the particularities of the case and the absence of other specific precedents, the Extraordinary Appeal nº 817.338 may be the first case in which the Supreme Court will effectively confront the conflict between the custody of trust versus the empire of the constitutional order. The method of approach will be the deductive, by the method of comparative procedure and the technique of bibliographical and documentary research, with the analysis of the legislation involved, the doctrine on the subject and the precedents of the STF that are important for the development of the work.

Palavras-chave: decadência administrativa; inconstitucionalidade; direito adquirido; segurança jurídica; Supremo Tribunal Federal.

Keywords: administrative decadence; unconstitutionality; vested right; legal certainty; Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

1. Introdução **2.** Sobre a problemática da decadência dos atos administrativos e a prerrogativa de auto-tutela da administração pública; **2.1.** A prescrição e a decadência dos atos administrativos e seus desdobramentos jurídicos; **2.2.** Sobre a anulação de atos administrativos inconstitucionais já fulminados pela decadência; **3.** A posição do Supremo Tribunal Federal na resolução de casos semelhantes; **3.1.** Particularidades e similitudes entre a matéria do Recurso Extraordinário nº 817.338 e os Mandados de Segurança impetrados por notários e registradores; **3.2.** O conflito entre a decadência administrativa e os atos inconstitucionais: o uso dos precedentes para solução de casos semelhantes; **4.** Considerações Finais; **5.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

Na extensa lista de processos que ostentam relevante interesse para a comunidade jurídica e sociedade brasileira em geral, e que aguardam julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), um deles é o Recurso Extraordinário nº 817.338, atualmente sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli. No caso em comento, entre outras matérias, o STF decidirá se a Administração Pública detém a prerrogativa de anular seus próprios atos – quando inconstitucionais –, mesmo se decorrido o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99.¹

¹ 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.

A situação fática subjacente remonta a ditadura militar de 1964, mais precisamente em outubro daquele mesmo ano, 6 (seis) meses após a tomada de poder pelos militares. Naquele conturbado cenário sociopolítico que se desenhava,² no intento de combater possíveis movimentos organizados por militares alinhados ao Presidente João Goulart, o Ministério da Aeronáutica expediu a Portaria nº 1.104/64, determinando a exclusão dos cabos da Força Aérea com mais de 08 (oito) anos de serviço.³

Quase 40 (quarenta) anos depois, no ano de 2002, após amplo debate junto aos salões da Comissão de Anistia, do Congresso Nacional e do STF, a Portaria nº 1.104/64 foi reconhecida como ato de exceção de caráter exclusivamente político, motivo pelo qual a Comissão de Anistia editou a Súmula Administrativa nº 2002.07.0003.⁴ Ato contínuo, em 09 de dezembro de 2003, um ano após a edição daquela súmula, a Comissão de Anistia emitiu a Portaria nº 2.340, que reconheceu Nemis da Rocha como anistiado político.

Contudo, já em 2011, por meio da nota nº 317/2011 do GTRI (Grupo de Trabalho Interministerial), a Administração Pública concluiu pela necessidade de abertura de processo de anulação da anistia concedida, tendo em vista a ausência de elementos comprobatórios da perseguição política, requisito alegado como indispensável à concessão de anistia política nos termos do artigo 2º da Lei nº 10.559/2002.⁵

Em 2012, depois do contraditório da parte interessada, o Ministério da Justiça editou a Portaria nº 1.960, que anulava a Portaria Ministerial nº 2.340 da Comissão de Anistia, sob os seguintes fundamentos: (i) a Portaria nº 1.104/64 não poderia ter sido considerada como um ato de exceção em termos abstratos, dissociado do panorama factual, notadamente quando o reconhecimento da condição de anistiado político ao cidadão cujo comportamento fosse antagônico em relação à doutrina instalada no poder; (ii) a Portaria nº 2.340 da Comissão de Anistia não avaliou os fatos que poderiam evidenciar e comprovar a motivação política, como ato de exceção, ensejador do

² Sobre o tema: "Medidas tomadas pelos militares vitoriosos em 1964 implementaram reformas organizacionais que retomavam o ideal de Góis de imunizar as Forças Armadas contra as divisões políticas. Além dos expurgos dos opositores, intensificou-se o controle hierárquico e ideológico sobre os oficiais, expandiram-se os serviços de inteligência, reformou-se o sistema de promoção e reforma, de modo a impedir a permanência, por muito tempo, de oficiais na ativa no mesmo posto". CARVALHO, José Murilo. Vargas e os Militares: aprendiz de feiticheiro. In: D'ARAÚJO, Maria Celina (Coord.). **As instituições brasileiras da Era Vargas**. Rio de Janeiro: Editora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 80.

³ Imediatamente anterior a Portaria nº 1.104, "a Portaria nº 1.103 de 08 de outubro de 1964 tratava da expulsão de cabos e taifeiros integrantes da diretoria da ACAFAB das fileiras da FAB; a portaria 1.104, sob a superficialidade de administrativismo, afasta preventivamente praças, cabos e sargentos que de outra forma não poderiam ser expulsos, em face da estabilidade; por sua vez, imediatamente posterior, a portaria nº 1.105 substituiu um oficial encarregado de um IPM tratado na Portaria nº 773 (que, por sua vez, versava sobre atividades comunistas e subversivas levadas a cabo no clube dos suboficiais e sargentos da Aeronáutica). A sequência das portarias editadas já sob a égide do estado autoritário reflete fortemente o ambiente político social em que foram editadas e o real motor ideológico de suas elaborações". Parecer Final: revisão e anulação de portarias ministeriais ex-cabos da FAB atingidos pela portaria nº 1.104-GM3/1964. Brasília, dezembro de 2010. p. 55.

⁴ Súmula Administrativa nº 2002.07.0003: A Portaria nº 1.104, de 12 de outubro de 1964, expedida pelo Senhor Ministro de Estado da Aeronáutica, é ato de exceção, de natureza exclusivamente política.

⁵ Art. 2º São declarados anistiados políticos aqueles que, no período de 18 de setembro de 1946 até 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política foram:

desligamento do interessado dos quadros da Força Aérea Brasileira; (iii) do contexto fático probatório colacionado pelo interessado em processo administrativo, não se verificou quaisquer indícios de que tenha sofrido perseguição política; (iv) a violação direta à Constituição das portarias que ensejaram a concessão de anistias políticas com fundamento exclusivo na Portaria nº 1.104/64.

Diante desse quadro, o interessado Nemis da Rocha impetrou mandado de segurança junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) alegando, entre outros, que o dever-poder de a Administração Pública anular seus próprios atos estaria fulminado pela decadência. A tese restou acolhida pelo STJ, porquanto “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”⁶

Irresignados com o resultado, a União e o Ministério Público Federal interpuseram Recurso Extraordinário, objeto desse estudo, com a alegação de que não caberia o reconhecimento da decadência no caso, já que esse instituto não pode desguarnecer a força normativa da Constituição Federal, ante a alegada inconstitucionalidade da Portaria nº 2.340 da Comissão de Anistia. No intuito de afastar a decadência, a União alegou “ofensa direta (não apenas reflexa) ao artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que seria justamente o único alicerce jurídico que poderia legitimar a concessão de anistia aos militares que foram atingidos, concretamente, por algum ato de exceção decorrente de motivação exclusivamente política, ao contrário do caso dos autos”⁷

Passada essa apertada sinopse fática, passa-se ao problema central desse estudo: o debate acerca da extensão dos efeitos do tempo sobre aqueles atos administrativos tidos por inconstitucionais. Afinal, pode um ato administrativo inconstitucional ser fulminado pela decadência? Qual o entendimento dos tribunais sobre esse tema? A posição do STF em casos assemelhados, relacionados ao conflito entre a segurança

⁶ 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 rever seus próprios atos, mesmo quando evitados 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” [...]. (STJ - MS: 19616 DF 2012/0275033-2, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 22/05/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/06/2013).

⁷ Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

jurídica e a segurança do direito, mostra-se adequada e aponta uma possível resposta ao caso?

Para responder a essas indagações parte-se de uma análise doutrinária sobre o tema, a fim de estabelecer as bases teóricas para os comentários e críticas que se buscam realizar – sem se deixar de atentar a *ratio decidendi* utilizada pelos tribunais pátrios para a resolução de casos semelhantes.

O estudo trilha pelo debate sobre a decadência administrativa e o dever-poder que a Administração Pública detém de anular seus próprios atos, bem como a controvérsia acerca da anulação de atos administrativos inconstitucionais já fulminados pela decadência. Em seguida, passa-se ao debate sobre o entendimento dos tribunais pátrios a respeito da controvérsia e a extensão de sua aplicabilidade ao Recurso Extraordinário nº 817.338, com as respectivas considerações finais acerca da temática abordada.

2. SOBRE A PROBLEMÁTICA DA DECADÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A PRERROGATIVA DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em linhas gerais, a doutrina especializada reputa inválidos todos aqueles atos administrativos que apresentam alguma desconformidade às normas que os regulam, seja por inobservância de seus pressupostos seja por oposição a disposições normativas constitucionais e infraconstitucionais. Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello:⁸

No campo do direito público, por exemplo, as leis e os atos normativos em geral, que são atos jurídicos de natureza especial, são nulos (=inválidos) quando infringem normas jurídicas de hierarquia superior, seja de forma ou de fundo. É o que acontece nos casos de inconstitucionalidade das leis e de inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos normativos infralegais (decretos e regulamentos, por exemplo).

Com efeito, tanto na hipótese de antijuridicidade por desconformidade do ato perante seus pressupostos de validade ou da violação de alguma norma constitucional ou infraconstitucional, a invalidade da atividade administrativa decorre da inobservância de disposições jurídicas. Isso porque os pressupostos dos atos administrativos são prescritos em lei, de forma que o seu descumprimento importa em violação a ordem jurídica posta.⁹

Portanto, a antijuridicidade dos atos administrativos se perfaz tanto internamente, se violados os seus pressupostos de validade, quanto externamente, quando a

⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato Jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 90.

⁹ Nas exatas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antitética à de conformidade com o Direito (validade)”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 469.

invalidade decorre da incongruência do ato em relação a uma norma hierarquicamente superior.

Todavia, não cabe falar propriamente em gradação de invalidade dos atos administrativos. No campo da invalidade dos atos administrativos, o direito brasileiro não os classifica como mais ou menos antijurídicos. De fato, há sim uma gradação do repúdio atribuído ao respectivo vício, podendo a ordem normativa admitir saná-lo com maior ou menor intensidade. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:¹⁰

É precisamente esta diferença quanto à intensidade da repulsa que o Direito estabeleça perante atos inválidos o que determina um discrimen entre atos nulos e atos anuláveis ou outras distinções que mencionam atos simplesmente irregulares ou que referem os chamados atos inexistentes.

Desta forma, seriam nulos aqueles atos administrativos absolutamente insanáveis (insuscetível de convalidação), cujos efeitos de sua invalidação, em regra, retroagem a origem (*ex tunc*). Os atos ditos anuláveis, por sua vez, seriam todos aqueles atos passíveis de convalidação, porquanto o ordenamento jurídico não os repudia por inteiro, e cujos efeitos da invalidação, regra geral, não retroagem (*ex nunc*).

Para ilustrar, pode-se dizer que na categoria dos atos nulos estariam os atos administrativos tidos como inconstitucionais,¹¹ os atos assim definidos pela lei,¹² bem como, em geral; aqueles cujos pressupostos objetivos,¹³ teleológicos ou lógicos¹⁴ encontram-se de alguma forma viciados. Os atos anuláveis seriam aqueles cujos pressupostos subjetivos e formais encontram-se eivados de vícios, mas de forma a permitir sua válida e regular correção, suprimidos aqueles vícios que os maculavam.

A invalidação de um ato administrativo corresponde à supressão de um ato administrativo antijurídico, de forma a restaurar a liceidade da ordem jurídica estabelecida. Em verdade, o processo de invalidação dos atos administrativos se diferencia, em particular, da anulação dos atos jurídicos *stricto sensu*, vez que o primeiro estende o controle da legalidade dos atos jurídicos para além das sentenças judiciais desconstitutivas. Isso porque, é integrado ao processo de invalidação dos atos

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 469.

¹¹ Neste sentido: TJSC - AC 300204/SC 2005.030020-4, Relator Des. Nicanor da Silveira, Data de Julgamento: 04/05/2006, Primeira Câmara de Direito Público.

¹² Ainda que sem o melhor rigor técnico, o artigo 2º da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular) elenca 5 (cinco) hipóteses em que atos lesivos ao patrimônio da Administração Pública seriam considerados nulos, sendo que nem todos os vícios elencados seriam efetivamente insuscetíveis de convalidação (competência e forma, por exemplo).

¹³ Neste sentido: TJMG - AC 10486130022487001/MG, Relator Des. Renato Dresch, Data de Julgamento: 19/03/2015, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/03/2015.

¹⁴ Neste sentido: REsp 1134493/MS, Relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, Publicado no DJe em 30/03/2010.

administrativos a prerrogativa de autotutela que a Administração Pública detém de anular seus próprios atos.

Cumpra destacar, ainda, a preocupação que se deve ter com a retroatividade dos efeitos da anulação do ato administrativo contra os cidadãos de boa-fé,¹⁵ sendo a presunção de legitimidade inerente aos atos do Poder Público. Em geral, a desconstituição do ato administrativo não poderá afetar os efeitos favoráveis aos cidadãos de boa-fé,¹⁶ ante a legítima expectativa de validade e regularidade dos atos praticados pela Administração Pública.

2.1. A prescrição e a decadência dos atos administrativos e seus desdobramentos jurídicos

O debate em torno da decadência dos atos administrativos traz a lume a problemática dos efeitos do tempo nas relações jurídico-administrativas. Como fato jurídico, a decadência tem por finalidade precípua a estabilização das relações jurídicas estabelecidas entre os sujeitos de direito. Trata-se de uma limitação temporal estabelecida frente à inatividade prolongada de determinada faculdade jurídica, a qual, por sua vez, provoca uma legítima situação jurídica frente a uma coletividade indeterminada. Em outras palavras, pode-se dizer que a decadência acaba por concretizar uma expectativa de direito (situação fática que perdura), de forma a não perpetuar indeterminadamente a incerteza sobre as respectivas faculdades jurídicas.

De outro ângulo, a decadência pode ser compreendida como o resultado do conflito de dois interesses juridicamente tutelados: de um lado, teríamos a justeza de determinadas decisões e seu controle de legalidade; de outro, a segurança das relações juridicamente consolidadas pelo tempo. Ademais, são diversas as hipóteses dispostas em nosso ordenamento em que se pretere a anulação de atos jurídicos manifestamente ilícitos aos efeitos decorrentes da decadência. Basta atentar ao disposto nos artigos 178 e 179 do Código Civil¹⁷ – os quais discriminam ao menos 7 (sete) hipóteses de negócios

¹⁵ Neste sentido: TJDF - APC 20060110350480/DF, Relatora Des. Ana Cantarino, Data de Julgamento: 21/05/2008, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 12/06/2008.

¹⁶ Para um estudo panorâmico sobre o princípio da boa-fé no Direito Administrativo, consultar: ALVES, José Ricardo Teixeira. A tutela da boa-fé objetiva no Direito Administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1917, set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11783>>. Acesso em: 10 fev. 2017; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 271-275; GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹⁷ Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

jurídicos anuláveis fulminados pela decadência – ou a leitura conjunta dos artigos 53 e 54 da Lei nº 9.784/99,¹⁸ que regula em 5 (cinco) anos o prazo para a Administração Pública anular seus próprios atos eivados de ilegalidade.

Pode-se dizer que o tempo acaba por “convalidar” as nulidades que contaminam atos jurídicos *lato sensu*. Neste sentido, Aureliano Guimarães, citado por Ary de Azevedo Franco, assim lecionava:¹⁹

Ora, assentar-se que a base dos institutos jurídicos reside no interesse geral – organização, conservação e aperfeiçoamento da sociedade – não significa, é certo, que toda a prescrição é justa, equitativa, representa uma conquista de puro direito. Os homens fazem a lei e a lei nem sempre representa a solução científica e melhor das necessidades por ela visadas. As próprias sentenças, ao declararem o direito debatido, nem sempre são felizes. Mas entre o mal resultante de uma prescrição que proteja o contrário ao direito e o mal maior da não-existência das prescrições; entre o mal de uma sentença que não atribua o direito àquele que o não tinha e o mal muito maior da insegurança e do desrespeito à ordem geral e à sociedade, não há a escolher: deverá sempre prevalecer o interesse geral. Encarada por esta face, perde a questão toda a sua nebulosidade; e, se em alguns casos, a prescrição conduz resultados que não seriam de se desejar, na grande maioria presta os relevantes serviços a que foi chamada a prestar à sociedade, à sua estabilidade e harmonia.

Não obstante, é imprescindível a própria noção de prescrição – fato jurídico semelhante à decadência, em que as pretensões autorais²⁰ são fulminadas pela inércia de seu titular em exercê-las – o império do tempo sobre a invalidade de atos ilícitos. Isso porque, diferentemente da decadência, que, em regra, regula a extinção de direitos potestativos,²¹ a prescrição decorre da inércia do titular de uma pretensão jurídica, seja esta oriunda de atos ilícitos lesantes ou não.²²

¹⁸ 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.

¹⁹ GUIMARÃES, Aureliano. Apud FRANCO, Ary de Azevedo. **A prescrição extintiva no Código Civil Brasileiro** (Doutrina e Jurisprudência). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 16-17.

²⁰ Sobre o tema: “A ideia de pretensão adotada pelo Código Civil Brasileiro tem relação com a noção de Windscheid, com o fim de transpor ao Direito Privado a actio, oriunda do antigo Direito comum. Trata-se do conceito de direito subjetivo processual, considerado a partir da possibilidade de processo.” TARTUCE, Flávio. Direito civil. Prescrição. Conceito e princípios regentes. Início do prazo e teoria da actio nata, em sua feição subjetiva. Eventos continuados ou sucessivos que geram o enriquecimento sem causa. Lucro da atribuição. Termo a quo contado da ciência do último ato lesivo. Análise de julgado do Superior Tribunal de Justiça e Relação com eventos descritos. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 70, p. 98-126, 2016. p. 98.

²¹ Entende-se por direitos potestativos, aqueles direitos subjetivos - exercidos por meio de tutelas constitutivas, reconstitutivas ou desconstitutivas - que impõem aos seus opositores um estado de sujeição irresistível.

²² Convém esclarecer que, em sua acepção clássica, as pretensões dispensam a verificação de um dano ou a configuração de um ilícito para existirem. Em verdade, basta a exigibilidade de uma obrigação para que se perfaçam seus pressupostos. Desta forma, tais quais os atos ilícitos lesantes, dívidas quesíveis – cujas datas para o seu adimplemento se encontram fixadas, ou não, no instrumento do contrato – também se encontram sujeitas à prescrição, por exemplo.

Contudo, não se pode adotar exatamente esta noção de prescrição junto à esfera das relações jurídico-administrativas, porquanto, tanto nos casos de prescrição, quanto nos casos de decadência, estes fatos jurídicos se encontram vinculados aos atos administrativos expedidos pela própria Administração Pública. Em verdade, tanto os cidadãos quanto a Administração Pública podem ter seu direito reparatório fulminado pelo tempo, frente aos atos administrativos que lhes causaram danos. Inclusive, em relação à Administração Pública, a prescrição não exsurge propriamente de sua inércia em se defender de um direito que se entende prejudicado, mas da sua omissão frente ao exercício de uma pretensão substantiva que lhe é própria. Nessa mesma esteira parece ensinar Celso Antônio Bandeira de Mello, pautado na doutrina de Weida Zancaner, no sentido de que a prescrição administrativa mais se assemelha à decadência:²³

Trata-se, pura e simplesmente, da omissão do tempestivo exercício da própria pretensão substantiva (não adjetiva) da Administração, isto é, de seu dever-poder; logo, o que estará em pauta, in casu, é o não exercício, a bom tempo, do que corresponderia, no Direito Privado, ao próprio exercício do direito. Donde, configura-se situação de decadência, antes de prescrição, como já observava Weida Zancaner.

Em síntese, com relação à Administração Pública (excluídos os cidadãos), a decadência e a prescrição podem ser compreendidas como fatos jurídicos pelos quais os respectivos direitos potestativos são extintos pelo tempo, de modo que estes institutos se diferenciariam em razão da tutela jurídica que buscam limitar temporalmente: quanto à decadência, o direito de extinguir, modificar e criar relações jurídicas; em relação à prescrição, o direito de reparação dos prejuízos sofridos, de ressarcimento pelos lucros que deixou de auferir (enriquecimento sem causa) e de punir administrativamente aqueles que praticaram ilícitos.

2.2. Sobre a anulação de atos administrativos inconstitucionais já fulminados pela decadência

Os artigos 53 e 54 da Lei nº 9.784/99 dispõem, respectivamente, sobre o dever da Administração Pública em anular seus próprios atos e sobre a decadência do direito da Administração Pública em ver anulados aqueles atos viciados.

Sobre a decadência administrativa, do referido artigo 54 retira-se três cenários distintos: Primeiramente, deixando a Administração Pública de proceder a invalidação daqueles atos tidos como viciados no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, e verificando-se que do ato que se busca invalidar decorrem efeitos favoráveis aos seus destinatários (suporte fático abstrato); opera-se a decadência

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1077.

deste seu direito (preceito). Numa segunda hipótese, inexistindo qualquer prejuízo aos cidadãos de boa-fé (suporte fático abstrato); a Administração Pública tem o dever de invalidar o ato administrativo contaminado, sem quaisquer óbices temporais (preceito). Por fim, se verificada a má-fé do beneficiário do ato eivado de vício (suporte fático abstrato), a Administração Pública tem o dever de invalidar este ato, sem previsão de obstáculo temporal.

Percebe-se, pois, que a norma dispõe de dois regimes temporais distintos para a invalidação dos atos administrativos: no primeiro caso, o exercício do dever-poder de invalidação dos atos administrativos dá-se de forma limitada; nos dois últimos a invalidação dos atos administrativos nulos pela Administração Pública não encontra muro temporal.

Com efeito, a decadência do dever-poder de invalidação da Administração Pública se opera justamente como forma de resguardar o cidadão de boa-fé, que desfruta legitimamente dos efeitos do ato viciado. A concorrência do tempo nesta hipótese serve a estabilizar a relação jurídica existente, ainda que viciada, porquanto não pode o cidadão de boa-fé ser prejudicado por vícios incorridos pela própria Administração Pública. Nas palavras de Anderson Schreiber:²⁴

A administração Pública, note-se, tem o dever de rever seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, mas deve adotar todas as cautelas para evitar ou atenuar os danos que possam ser causados, por conta disso, àqueles que, de boa-fé, confiaram no sentido do seu comportamento inicial.

Cabe ressaltar que, na hipótese do ato administrativo inválido não provocar quaisquer prejuízos aos seus destinatários – estejam estes de boa ou má-fé – ou, provocando, estando estes de má-fé, a Administração Pública não encontra quaisquer óbices temporais para exercer seu dever-poder de invalidação. Na primeira hipótese, porque não caberia ao direito tutelar dano inexistente, ainda menos frente à manutenção de atos irregulares; em segundo lugar, porquanto o cidadão de má-fé não detém legítima expectativa de que o ato administrativo se perpetue no tempo, dado que, contribuindo para os vícios do ato, ainda desfruta dos seus efeitos favoráveis.

Assim, a decadência serviria à tutela do direito adquirido do cidadão frente à Administração Pública, pelo que atos administrativos inválidos, em geral, poderiam ser fulminados pela decadência. Tutela-se, portanto, a confiança que os cidadãos depositam na Administração Pública, que não pode agir contra fato próprio (*nemo potest venire contra factum proprium*).

²⁴ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.214.

Contudo, essa posição não está de tudo estabilizada nem na doutrina e nem na jurisprudência nacional. Há autores, como Nelson Borges, que afirmam ser “absolutamente impossível a aquisição de direitos *contra legem*”,²⁵ ou contrárias a disposições constitucionais, porquanto a existência de direitos subjetivos se encontra condicionada ao disposto, objetivamente, em lei.

Para outros autores, nem todos os atos administrativos viciados poderiam ser contemplados pelos efeitos da decadência. Nesse sentido, leciona Arnaldo Rizzardo que somente aqueles atos tidos como anuláveis poderiam ser contemplados pelos efeitos da decadência, porquanto:²⁶

[...] os atos nulos não possuem existência jurídica. A todo o tempo se reconhece a prerrogativa ou dever de extirpá-los, e declará-los inexistentes, pois insanáveis. Exemplifica-se com a destinação de uma verba pública sem a autorização legislativa, ou a previsão orçamentária. Nesse enfoque, pode-se afirmar que o prazo de decadência do art. 54, já transcrito, restringe-se aos atos anuláveis, isto é, aos atos com vícios de sujeitos e de forma, desde que esta não venha imposta pela lei.

Contudo, a Lei nº 9.784/99 não traz nenhuma diferenciação entre atos administrativos nulos, anuláveis ou inconstitucionais, para efeitos de decadência. Na jurisprudência, o STF já se manifestou favorável à decadência de atos administrativos reputados como nulos no Mandado de Segurança 24.268-1 de Minas Gerais.²⁷

Na mesma linha, o entendimento adotado pelo STJ quando do julgamento do Mandado de Segurança 19.616/DF mostra-se favorável à aplicação da decadência frente a atos administrativos nulos. No caso, o STJ reconheceu que só se afastariam os efeitos da decadência, se entendido que a Portaria nº 1.104/64 violou frontalmente a Constituição Federal. Em outros termos, a violação indireta do artigo 8º do ADCT configuraria vício de motivo, nulificando a Portaria nº 1.104/64 – o que por si só não afasta a decadência administrativa.

De fato, o estudo da decadência dos atos administrativos nulos perpassa, necessariamente, pelo conflito entre dois interesses juridicamente tutelados: de um lado, a estabilidade e a segurança das relações jurídicas,²⁸ as quais se expressam pelo exercício

²⁵ BORGES, Nelson. **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: considerações. Curitiba: Juruá, 2000. p. 49.

²⁶ RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardisson. **Prescrição e Decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 509.

²⁷ No caso, discutia-se se a habilitação irregular da impetrante na qualidade de beneficiária do INSS, porquanto “na data do óbito do instituidor do benefício, ocorrido em 11 de março de 1974, a impetrante era casada e, portanto, não faria jus ao deferimento de seu pleito”, poderia ser estabilizada pelos efeitos da decadência. Reconheceu-se a possibilidade de aplicação do princípio da segurança jurídica de forma integral, vez que não se poderia sujeitar a segurada à instabilidade desarrazoada dos atos praticados pela Administração Pública. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.268-1/MG. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrado: União. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 05/02/2004.

²⁸ Sobre o tema: “Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos

da decadência e o direito adquirido, tutelados pelo artigo 6º, § 2º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro²⁹ e pelo artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal.³⁰ Doutro, a anulação de atos absolutamente incompatíveis com a própria ordem jurídica, os quais, por este mesmo motivo, atentam contra a legalidade em sentido amplo, a estabilidade e a segurança do direito positivo.³¹

Como visto, o debate em torno do Recurso Extraordinário nº 817.338 é sobremaneira complexo e deve pautar-se pela análise objetiva das linhas argumentativas que apontam numa ou noutra direção, sob o risco de se travestir de objetividade uma decisão essencialmente subjetiva. Não se pode negar que o socorro a critérios hermenêuticos fundados na teoria da ponderação dos interesses, razoabilidade, proporcionalidade e adequação, ainda que pareça uma alternativa sedutora, traz a armadilha do seu elevado grau de subjetivismo.³²

A linha de análise desse estudo partirá da recuperação de outras decisões do STF em casos semelhantes (conflito entre a segurança jurídica³³ e a segurança do direito), com o debate sobre outros possíveis parâmetros interpretativos passíveis de aplicação à resolução caso aqui analisado.

3. A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA RESOLUÇÃO DE CASOS SEMELHANTES

Entre os diversos precedentes sobre a matéria em discussão, o STF já teve a oportunidade de se posicionar sobre o conflito entre a decadência dos atos administrativos e seu controle de constitucionalidade em algumas raríssimas ocasiões. Nesse sentido, cabe recuperar o julgamento de Mandados de Segurança impetrados por notários

negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu". SILVA, José Afonso. *Constituição e Segurança Jurídica*. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 17.

²⁹ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. [...] § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.

³⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

³¹ Para ilustrar: "A segurança do direito é a que exige a positividade do direito". SILVA, José Afonso da. *Constituição e Segurança Jurídica*. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 16.

³² Para um estudo sobre a teoria dos princípios e os limites à tese ponderacionista, bem como sobre as máximas da razoabilidade e da proporcionalidade, consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 39-242.

³³ Para estudo sobre o tema, consultar: ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016; SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2004. p. 36.

e registradores, contra ato expedido pelo Conselho Nacional de Justiça que anulou a investidura daqueles agentes públicos.³⁴

Em resumo, com a entrada em vigor da Constituição de 1988, modificou-se a forma de ingresso aos serviços notariais e de registro concedidos pelo Poder Público, que passou a depender de prévia aprovação em concurso público. Nessa esteira, o § 3º do artigo 236 da Constituição Federal³⁵ derogou as disposições inscritas no artigo 208 da Constituição Federal de 1967,³⁶ que garantiam aos registradores e notários substitutos, na vacância do cargo, o direito de efetivação como titulares na serventia em que se encontravam lotados, uma vez observados os seguintes pressupostos: (i) encontrarem-se exercendo a atividade registradora/notarial, numa mesma serventia, por pelo menos 5 (cinco) anos; (ii) cumprirem o pressuposto anterior até o dia 31 de dezembro de 1983; (iii) ocorrer a vacância do cargo de titular.

Nada obstante a nova ordem constitucional, diversos Tribunais de Justiça persistiram na investidura de registradores e notários como titulares, na esteira do superado artigo 208 da Constituição de 1967, com a expedição deportarias e decretos de efetivação como titulares de registradores e notários substitutos, que assim persistiram por mais de 5 (cinco) anos.

Todavia, nos idos dos anos 2000 o Conselho Nacional de Justiça passou a revisar todos estes atos administrativos – anulando-os, sob o discurso da inconstitucionalidade –, o que ensejou a impetração de múltiplos Mandados de Segurança pelos respectivos notários e registradores.

Em síntese, as alegações dos impetrantes eram as seguintes: (i) a violação do direito adquirido, porquanto investidos em momento anterior à vigência da Lei nº 8.935/94, que supostamente teria regulamentado o § 3º do artigo 236 da Constituição Federal, frente à alegada carência de autoaplicabilidade do dispositivo constitucional; (ii) a consequente desnecessidade de se realizar concurso público para investidura no cargo de notário ou registrador extrajudicial, frente ao suposto direito adquirido que detinham; (iii) a decadência do ato administrativo tido como supostamente inconstitucional, porquanto transcorridos mais de 5 (cinco) anos desde a investidura destes servidores como notários e registradores; nos termos do artigo 54 da Lei nº 9.784/99.

No STF, o entendimento se consolidou no sentido de negar provimento ao pleito dos impetrantes, porquanto “situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial, sem a devida submissão a concurso público,

³⁴ Neste sentido: Ag. Reg. em MS 32.129/DF; Ag. Reg. em MS 28.273/DF; Ag. Reg. em MS 28.371/DF; MS 26.820/DF; MS 28.279/DF.

³⁵ 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.

³⁶ 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 a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983. (Redação da pela Emenda Constitucional nº 22, de 1982).

não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei nº 9.784/99, sob pena de subversão das determinações insertas na Lei Maior do País, a Constituição Federal”.³⁷ Em verdade, da atenta análise da *ratio decidendi* daqueles precedentes pode-se concluir pela convergência dos seguintes fundamentos: (i) por ser o Conselho Nacional de Justiça o órgão responsável pelo controle dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, deve-se preterir a aplicação da Lei nº 9.784/99 em favor de seu Regimento Interno. Desta forma, em que pese a referida norma nada mencionar acerca dos efeitos da decadência perante atos administrativos inconstitucionais, o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 91, parágrafo único,³⁸ dispõe que não se aplicam os efeitos da decadência àqueles atos administrativos que afrontarem diretamente a constituição; (ii) a impossibilidade de configuração de direito adquirido, uma vez que a vacância do cargo de registrador/notário compreende o suporte fático abstrato do artigo 208 da Constituição Federal de 1967, e que o artigo 236, §3º da Constituição Federal de 1988 é dotado de autoaplicabilidade. Em outros termos, se a vacância do cargo se deu durante a vigência da Constituição Federal de 1988, não há que se falar em direito adquirido, mas tão somente em uma frustrada expectativa de direitos; (iii) inaplicabilidade do princípio da proteção da confiança³⁹ no caso, porquanto “a edição de leis de ocasião para a preservação de situações notoriamente inconstitucionais, ainda que subsistam por longo período de tempo, não ostentam o caráter de base da confiança a legitimar a incidência” daquele princípio.

3.1. Particularidades e similitudes entre a matéria do Recurso Extraordinário nº 817.338 e os Mandados de Segurança impetrados por notários e registradores

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 28.279/DF. Impetrante: Euclides Coutinho. Impetrado: PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 200810000013747). Relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 05/11/2009.

³⁸ 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.

³⁹ Sobre o tema: “Para que possa ser empregado, o princípio da proteção da confiança exige um comportamento ou ato estatal capaz de criar uma expectativa legítima no seu destinatário. Essa primeira condição diz respeito, portanto, à necessidade de existência de uma base da confiança (*Existenz einer Vertrauensgrundlage*). Trata-se do comportamento, omissão ou ato normativo estatal (lei, decreto, portaria, decisão judicial, práticas da Administração etc.) que origina a confiança. É o que vai servir para introduzir a confiança na mente dos particulares. [...] A base da confiança é, em linhas gerais, a medida estatal que atinge o particular. Independentemente da forma adotada, a manifestação de vontade do Estado é imprescindível para a existência de uma confiança digna de tutela”. ARAUJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009. p. 83.

Antes da análise crítica sobre os argumentos que permeiam os já referidos mandados de segurança, há que verificar a compatibilidade do seu objeto com o disposto no Recurso Extraordinário nº 817.338, suas peculiaridades e semelhanças. Há que se investigar a extensão, bem como a aplicabilidade ou não dos fundamentos utilizados naqueles precedentes para a resolução do Recurso Extraordinário nº 817.338.

De início, cabe reconhecer a ampla similitude do núcleo básico de discussão entre o referido Recurso Extraordinário e aqueles precedentes em ações mandamentais. Em verdade, ainda que os assuntos sejam diversos – o primeiro cuida da verificação concreta de perseguição política para concessão de anistia; o segundo debate a exigência de concurso público para titularização de cartórios extrajudiciais –, ambos os julgados discutem, essencialmente, a possibilidade de um ato administrativo inconstitucional ter seus efeitos estabilizados por força da decadência.

Quanto às particularidades, por sua vez, três pontos devem ser levantados. Primeiro, tem-se que há diferença de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais supostamente violadas. Enquanto o artigo 236, § 3º da Constituição Federal é dotado de autoaplicabilidade, com eficácia plena e imediata, o artigo 8º do ADCT tem sua eficácia limitada, dependendo de norma integrativa infraconstitucional para que produza seus efeitos (Lei nº 10.559/02). Em segundo lugar, os atos administrativos impugnados pelo Conselho Nacional de Justiça violavam frontalmente o disposto no artigo 236, § 3º da Constituição Federal, ao passo que a portaria que concedeu anistia aos cabos da Força Aérea pode eventualmente importar em ofensa indireta (reflexa) ao artigo 8º do ADCT, vez que a eficácia normativa do dispositivo está concentrada na Lei nº 10.559/02 que o integra. Em terceiro lugar, não se pode olvidar que os órgãos de expedição dos respectivos atos administrativos se distinguem, o que pode indicar diferenças no procedimento administrativo aplicável num e noutro caso. Enquanto os atos de investidura dos registradores e notários se deram no seio do Conselho Nacional de Justiça, submetidos ao seu Regimento Interno; a concessão de anistia decorreu de ato administrativo expedido por órgão do Poder Executivo federal, com base na Lei nº 9.784/99.

Disso se retira que a aplicação das razões de decisão dos precedentes mandamentais para o Recurso Extraordinário nº 817.338 encontra, ao menos, dois pontos sensíveis. Primeiramente, pode-se questionar sobre a efetiva configuração de violação direta à Constituição pela Portaria nº 2.340/03, expedida pelo Ministro da Justiça. Isso porque, o simples reconhecimento de violação à Lei nº 10.559/02 implicaria na nulidade da Portaria nº 2.340, por carência de motivo, mas não propriamente sua inconstitucionalidade. Em outros termos, tem-se que a violação reflexa ao texto constitucional não teria o condão de afastar os efeitos da decadência em favor da Administração Pública, porquanto não seja formalmente inconstitucional, ainda que antijurídico.⁴⁰

⁴⁰ Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar, quando do julgamento dos seguintes recursos: MS 18.728/DF, 18.606/DF, 18.682/DF e 18.590/DF.

De outra banda, cabe reconhecer que os procedimentos anulatórios dos referidos atos administrativos são regulados por normas distintas. Como visto, enquanto o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça afasta expressamente a decadência no caso de atos inconstitucionais, aparentemente não haveria igual previsão no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, vez que o referido regramento não faz distinção alguma quanto aos atos nulos, anuláveis ou inconstitucionais para fins de decadência.

Nesta senda, em que pese as semelhanças guardadas entre os precedentes das ações mandamentais aqui estudados e o cerne do debate que alimenta o Recurso Extraordinário nº 817.338, as suas particularidades não indicam a aplicação indistinta dos primeiros como razão de decisão para o segundo.

3.2. O conflito entre a decadência administrativa e os atos inconstitucionais: o uso dos precedentes para solução de casos semelhantes

Embora não pareça adequada a aplicação indistinta dos precedentes formados nas ações mandamentais supramencionadas, como parâmetro exclusivo ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 817.338, não se pode negar a sua relevância para a resolução do caso em questão.

Primeiramente, cumpre observar que aqueles precedentes não deixaram de reconhecer a “necessidade de fixação de prazos decadenciais para o exercício do dever-poder de autotutela, sendo a estabilização das relações jurídicas pelo decurso do tempo consequência necessária do princípio da segurança jurídica”.⁴¹ Todavia, naqueles casos a tutela da confiança fora absolutamente desconsiderada, porquanto totalmente ausentes os requisitos necessários à sua configuração.

Isso porque o STF entendeu que, diante de atos administrativos tidos como manifestamente inconstitucionais, seus beneficiários não poderiam desconhecer seus vícios, o que rechaçaria a tutela da confiança. Igualmente, se o destinatário de boa-fé é o sujeito que ignora os vícios do ato administrativo de que se beneficia, tem-se que, ante a hipótese de flagrante inconstitucionalidade, seus beneficiários habitariam o campo da má-fé. Desta forma, seja pela ausência de pressupostos necessários à configuração de legítima confiança em favor dos destinatários, seja pela má-fé havida no caso, estaria afastada a decadência administrativa.

Por outro lado, essa solução somente teve cabimento no caso porque a investida de registradores e notários não submetidos a concurso público representa afronta literal ao texto constitucional, o que não parece ocorrer no caso do Recurso Extraordinário nº 817.338. Conforme já observado, o artigo 8º do ADCT não detinha eficácia plena e imediata, dependendo de norma infraconstitucional integrativa para produzir

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.820/DF. Impetrante: JOSÉ CARLOS ZAMBUJA. Impetrado: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 395). Relator Min. Luiz Fux, julgado em 02/04/2014.

efeitos (Lei nº 10.559/02). Tanto pior que, da leitura do mencionado dispositivo, não se depreende, necessariamente, que somente perseguidos políticos fariam *jus* a anistia. Esta seria apenas uma das interpretações possíveis. Em verdade, uma análise extensiva da norma parece admitir que todos aqueles atingidos por atos de exceção, em decorrência de motivação exclusivamente política, poderiam ser anistiados.

Com efeito, não se pode admitir que simples alegações reflexas ou indiretas de inconstitucionalidade dos atos administrativos sejam aptas a afastar os efeitos da decadência, ou fazer com que a má-fé de seus beneficiários possa ser perquirida a partir de qualquer espécie de “presunção indireta”. O julgamento do Recurso Extraordinário nº 817.338 pode confrontar diretamente o debate entre a segurança jurídica e a tutela da confiança *versus* o império da legalidade constitucional, ou tocar apenas lateralmente esse debate, a partir da construção de razões para decidir que acabem por tangenciar o núcleo argumentativo aqui estabelecido.

Embora reconhecido que a Portaria nº 2.340/2003 viola o artigo 8º do ADCT, essa inconstitucionalidade não seria suficientemente direta e flagrante, a ponto de amparar um decreto de nulidade que afastasse a aplicação do artigo 54 da Lei nº 9.784/99. No caso, consideradas a estabilização da situação jurídica, a confiança depositada pelos destinatários no ato administrativo e os prejuízos aos destinatários da atividade questionada, parece prevalecer o império da confiança legítima e a decadência administrativa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento doutrinário assentado sustenta que a Administração pública não possui só o poder, mas o dever de anular seus próprios atos quando viciados. Contudo, não há no caso uma prerrogativa ilimitada, de forma que seu exercício estaria condicionado temporalmente pelos efeitos da decadência.

Ainda que não exista uma gradação formal de invalidade dos atos administrativos antijurídicos (anuláveis, nulos e inconstitucionais), mostra-se corrente a posição pela modulação dos efeitos de decisões desconstitutivas conforme o nível de “reprovabilidade” dos atos administrativos inválidos que se intende anular: (i) aos nulos e inconstitucionais, regra geral, os efeitos de sua invalidação retroagiriam a sua origem, e não seriam estes passíveis de convalidação e, até para alguns, decadência; (ii) aos atos anuláveis, os efeitos de sua invalidação, em regra, não retroagiriam (*ex nunc*), cabível a convalidação.

A exceção à retroatividade de decisões desconstitutivas de atos administrativos nulos tem respaldo na tutela da confiança, cujos postulados não permitiriam prejudicar os cidadãos que, de boa-fé, se beneficiaram de atos viciados emanados pela própria Administração Pública.

A decadência, como uma das decorrências da tutela da confiança, busca, entre outros, a estabilização de uma situação jurídica pelos efeitos do tempo. Na seara administrativa, não é por outro motivo que somente os beneficiários de boa-fé possam gozar dos efeitos que dela decorrem, conforme o disposto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99. Isso porque o cidadão de boa-fé detém legítima expectativa de que os atos praticados pela Administração Pública se deram de forma lícita e que, portanto, validamente se perpetuariam no tempo.

Como visto, o problema posto no Recurso Extraordinário nº 817.338 perpassa pelo confronto entre dois interesses constitucionalmente tutelados: de um lado, a segurança jurídica (tutela da confiança); do outro, a segurança do direito (império da ordem constitucional).

No caso, ainda que inegável o relevo dos precedentes das ações mandamentais, tem-se que não seriam aplicáveis de forma indistinta ao Recurso Extraordinário nº 817.338, vez que: (i) a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais supostamente violadas se difere; (ii) no caso daqueles “precedentes” haveria violação direta à Constituição Federal, enquanto, no caso objeto desse estudo, apenas violação reflexa; (iii) os órgãos expedidores dos atos administrativos se diferenciam, motivo pelo qual o procedimento administrativo aplicável num e noutro caso são diversos.

Pesou sobremaneira nos precedentes analisados o fato de que o STF entendeu que, diante de atos administrativos tidos como manifestamente inconstitucionais, seus beneficiários não poderiam desconhecer seus vícios, motivo pelo qual a tutela da confiança não se operaria. Desta forma, a desconsideração dos efeitos da decadência não exsurgiria propriamente da violação a dispositivo constitucional, ou da ilegalidade do ato. Mas da aberrante e notória antijuridicidade destes atos, os quais, de forma alguma, poderiam ser ignorados por seus beneficiários.

Em síntese, colhe-se dos precedentes do STF que não caberia dizer que mera inconstitucionalidade reflexa de atos administrativos seja apta a afastar os efeitos da decadência, ou criar qualquer meio análogo a uma espécie de má-fé por decorrência da manifesta ofensa à ordem constitucional, remanescendo nessas situações a prevalência do império da tutela da confiança legítima dos cidadãos frente à autotutela administrativa.

5. REFERÊNCIAS

ALVES, José Ricardo Teixeira. A tutela da boa-fé objetiva no Direito Administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1917, set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11783>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

ARAUJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BORGES, Nelson. **Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: considerações. Curitiba: Juruá, 2000.

BRASIL. **Parecer final**: revisão e anulação de portarias ministeriais ex-cabos da FAB atingidos pela portaria nº 1.104-GM3/1964. Brasília, dezembro de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça - **MS: 19.616** DF 2012/0275033-2, Impetrante: Nemis da Rocha. Impetrado: Ministério da Justiça e União. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 22/05/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 18.590/DF**. Impetrante: Antônio Carlos Nunes De Lima. Impetrado: União. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27/11/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 18.606/DF**. Impetrante: João Cirino da Silva. Impetrado: União. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 11/09/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 18.682/DF**. Impetrante: Augusto Cesar Correa De Amorim - INTERDITO. Impetrado: União. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 27/11/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **MS 18.728/DF**. Impetrante: José Gomes Eiras. Impetrado: Ministro de Estado Da Justiça. Relatora Min. Eliana Calmon, julgado em 10/04/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp** nº 1134493 / MS. Recorrente: Osmair Socorro dos Santos. Recorrido: Waldecyr Bizagio e Outro. Relator Min. Herman Benjamin - Segunda Turma, julgado em 15/12/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 24.268-1/MG**. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrado: União. Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 05/02/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 26.820/DF**. Impetrante: JOSÉ CARLOS ZAMBUJA. Impetrado: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 395). Relator Min. Luiz Fux, julgado em 02/04/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 28.279/DF**. Impetrante: Euclides Coutinho. Impetrado: PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 200810000013747). Relator Min. Ellen Gracie, julgado em 05/11/2009.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **AC 20060110350480**. Apelante: Distrito Federal. Apelado: Osni Ataíde Cavalcante, Relatora Des. Ana Cantarino, Data de Julgamento: 21/05/2008.

CARVALHO, José Murilo. Vargas e os Militares: aprendiz de feiticeiro. In: D'ARAÚJO, Maria Celina (Coord.). **As instituições brasileiras da Era Vargas**. Rio de Janeiro: Editora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1999.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

FRANCO, Ary de Azevedo. **A prescrição extintiva no Código Civil Brasileiro** (Doutrina e Jurisprudência). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato Jurídico**: plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **AC 10486130022487001**. Apelante: Município de Peçanha. Apelada: Vivian Maria Soares. Relator Des. Renato Dresch, julgado em 10/03/2015.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardissonne. **Prescrição e Decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AC 300204**. Apelante: Divinamir de Oliveira Pinto. Apelado: Estado de Santa Catarina. Relator Des. Nicanor da Silveira, julgado em 04/05/2006.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2004, p. 36.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

TARTUCE, Flávio. Direito civil. Prescrição. Conceito e princípios regentes. Início do prazo e teoria da actio nata, em sua feição subjetiva. Eventos continuados ou sucessivos que geram o enriquecimento sem causa. Lucro da atribuição. Termo a quo contado da ciência do último ato lesivo.

Análise de julgado do Superior Tribunal de Justiça e Relação com eventos descritos. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 70, p. 98-126, 2016.