Anotações sobre a ausência de limitação temporal para anulação de ato administrativo perpetrado com má-fé*

Annotations about absence of a time limit for annulment of an administrative act perpetrated with bad-intention

Safira Orçatto Merelles do Prado**

RESUMO

Neste artigo, apresentamos os posicionamentos doutrinários a respeito da aplicação dos institutos da preclusão e da coisa julgada na esfera administrativa, levando em consideração o prazo decadencial de cinco anos para a anulação de atos administrativos praticados com boa-fé. Além disso,

* Artigo recebido em 5 de fevereiro de 2018 e aprovado em 2 de agosto de 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v278.2019.79032>

** Centro Universitário Internacional, Curitiba, PR, Brasil. E-mail: safira.p@uninter.com. Especialista em direito processual civil pela PUC-PR e em direito administrativo pelo Instituto Romeu Bacellar. Mestre em direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Integrante do conselho editorial da revista *Direito do Estado em Debate*, da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná. Professora de direito administrativo na graduação em direito do Centro Universitário Internacional (Uninter). Coordenadora da disciplina de trabalho de conclusão de curso na graduação em direito do Centro Universitário Internacional (Uninter). Instrutora de cursos voltados à administração pública e advogada administrativista militante.

buscou-se demonstrar a necessidade de regulamentação legislativa federal no tocante ao prazo para a anulação dos atos administrativos praticados com má-fé do beneficiário, tendo como embasamento a proporcionalidade como metodologia de interpretação.

PALAVRAS-CHAVE

Ato administrativo — anulação — má-fé — segurança jurídica — proporcionalidade

ABSTRACT

In this article, we present the doctrinal positions regarding the application of the institutes of debarment and *res judicata* in the administrative sphere, taking into consideration the decadential period of five years for the annulment of administrative acts practiced with good intention. In addition, it was sought to demonstrate the need for federal legislative regulation regarding the deadline for annulment of administrative acts performed in bad intention by the beneficiary, based on Proportionality as a methodology of interpretation.

KEYWORDS

Administrative act — annulment — bad-intention — legal security — proportionality

1. Considerações introdutórias

O presente ensaio tem por finalidade reavivar a discussão acerca de um instigante tema do direito administrativo: a limitação temporal para a administração pública anular os seus atos, em especial, os decorrentes de má-fé.

Muito se discute a respeito da temática, como a possibilidade de se transplantar o instituto da coisa julgada para a seara administrativa, como forma de limitação temporal da autotutela. Além disso, o tema é alvo de controvérsia tendo em vista o fato de que o legislador brasileiro estabeleceu, por meio do art. 54 da Lei nº 9.784/1999, o prazo decadencial de cinco anos para anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis ao cidadão, contados da data em que foram praticados. Entretanto, ao estabelecer uma exceção à regra,

qual seja, na hipótese de o ato administrativo ter sido praticado com má-fé, o legislador não estabeleceu de forma expressa qualquer tipo de prazo.

A partir da redação legislativa e levando em consideração o método indutivo, uma análise doutrinária e jurisprudencial fez-se necessária. Sob o viés doutrinário, constatou-se que a solução para a ausência de prazo legislativo vem sendo a utilização de outros, por analogia. Por outro lado, no âmbito jurisprudencial, a ausência de prazo expresso vem possibilitando a administração pública anular os atos eivados de má-fé, a qualquer tempo.

Diante de soluções diametralmente opostas, o presente ensaio tem como intuito questionar o uso de métodos de interpretação positivista, que ainda vêm sendo utilizados no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Por consequência, propõe-se a utilização da máxima da proporcionalidade como metodologia para equacionar a problemática acerca da ausência de prazo expresso para anulação de atos administrativos praticados com má-fé.

2. A discussão sobre a aplicabilidade dos institutos da preclusão e da coisa julgada na esfera administrativa

A preclusão e a coisa julgada são institutos jurídicos processuais cujos efeitos em muito se aproximam, já que ambos impossibilitam que determinada matéria seja revista processualmente. Mas diferenciam-se no seguinte ponto: enquanto a preclusão impossibilita que a matéria seja revista dentro da mesma relação processual, impedindo que o agente pratique novo ato, a coisa julgada impossibilita que a matéria seja revista dentro da mesma relação (perspectiva formal) e também fora dela (perspectiva material).

A preclusão pode manifestar-se sob três formas: a temporal, que ocorre pela falta de implementação de um determinado ato durante lapso temporal previsto em lei ou estabelecido pelo magistrado; a preclusão lógica, que decorre da prática de um ato incompatível e/ou inválido; e finalmente a preclusão consumativa, que nada mais é do que a extinção da faculdade processual pela efetiva prática do ato.¹

Já a coisa julgada atribui a qualidade de imutabilidade à decisão final do processo. A doutrina a diferencia sob dois prismas: a coisa julgada formal

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 325.

e a coisa julgada material. A primeira ocorre em qualquer tipo de sentença, pois apenas veda a rediscussão da matéria na mesma relação processual, consequentemente impossibilitando a interposição de recursos. Por tal razão, Marinoni, Arenhart e Mitidiero a tratam como se fosse uma espécie de preclusão, “a última preclusão temporal do processo — daí porque, por vezes, denominada de preclusão máxima”.²

A coisa julgada material, por sua vez, não é qualidade atribuível a qualquer tipo de sentença. Somente naquelas em que são analisadas as questões meritórias, as chamadas sentenças definitivas, é que podem ser vislumbrados os efeitos da coisa julgada material. De forma diversa que a coisa julgada formal, a material repercute seus efeitos fora da relação processual, impossibilitando que a matéria seja discutida em um novo processo.

A questão que se coloca é da possibilidade de tais institutos do processo judicial serem aplicados à atividade administrativa, tendo em vista o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/1999: “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”.

Porém, antes de colacionar alguns posicionamentos sobre o tema, faz-se necessário o detalhamento de algumas similitudes e diferenças entre as funções judicial e administrativa do Estado, para chegar-se à conclusão da possibilidade (ou não) da aplicação da preclusão e da coisa julgada em relação a esta última atividade.

A primeira é a de que tanto os magistrados como os administradores públicos aplicam o direito, ou seja, ambos decidem na sua esfera de competência. Isto porque o termo jurisdição, que vem do latim *iuris dictio*, significa “dizer o direito”. E tal prática é constatada não apenas na função judicial, mas também na função administrativa do Estado (evidentemente, não de forma precípua como na primeira).³

² Ibid., p. 600.

³ Em relação a esta discussão, Daniele Coutinho Talamini afirma que “a função da Administração não é de solucionar conflitos de interesses e às suas decisões imprimir um caráter de definitividade. A tarefa de aplicação da lei pela Administração está voltada à satisfação de necessidades públicas. Se algum conflito de interesse surgir na execução desta tarefa será apenas questão incidental, e a finalidade da conduta administrativa deve ser realizada independentemente da solução do conflito”. TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 191.

A segunda é a de que magistrados e administradores públicos valem-se do processo para conseguir chegar a uma decisão final em relação a um determinado caso concreto. A processualidade está umbilicalmente ligada a ambas as funções, como instrumental necessário à consecução dos fins almejados em cada atividade. Neste ponto, usamos o termo “processo” para designar a consequência encadeada de atos, com incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, em razão do conflito de interesses a ser solucionado.⁴

Desta forma, a partir de tais semelhanças, é possível vislumbrar a possibilidade de o instituto da preclusão ser utilizado na atividade administrativa. Segundo Marçal Justen Filho, “a preclusão administrativa consiste na restrição ao exercício de uma faculdade processual originalmente assegurada ao sujeito, em virtude dos eventos verificados ao longo do processo administrativo”.⁵ E como bem ensinam Sergio Ferraz e Adilson Dallari, a preclusão é algo inerente à ideia de processo, ante a necessidade do cumprimento de etapas pre-dispostas de forma sucessiva e ordenada, “por isso mesmo, estanques e sem retorno”.⁶

Entre as principais diferenças entre as atividades judiciais e administrativas do Estado, a que se destaca é a impossibilidade de mudanças das decisões decorrentes da primeira, de forma diversa do que ocorre em relação à última. Ou seja, as decisões decorrentes do Poder Judiciário, ao serem qualificadas como materialmente julgadas, não são mais passíveis de revisão.⁷ De forma diversa ocorre na atividade administrativa, cujos atos podem ser revistos pela própria administração pública, ou ainda, pelo Poder Judiciário, como decorrência do sistema de jurisdição una adotada em nosso país.

⁴ A partir dos ensinamentos de Romeu Felipe Bacellar Filho, o procedimento administrativo deve ser visto como um gênero, cuja espécie é o processo administrativo, por neste estar presente um conflito de interesses. Dessa forma, todo o processo é procedimento, mas nem todo procedimento é possível de ser vislumbrado como processo. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 88-89.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 215.

⁶ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42.

⁷ Em que pese a existência de uma séria discussão a respeito da possibilidade de relativização da coisa julgada na esfera judicial, mesmo depois do prazo bianual para propositura de ação rescisória. Tal situação ocorreria em hipóteses excepcionais (por exemplo, a sentença que foi julgada com base em lei declarada inconstitucional posteriormente), como bem defende a precursora da tese, a professora Tereza Arruda Alvim Wambier, em sua obra *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Em razão desta principal diferença — a mutabilidade das decisões —, a doutrina se divide com relação à aplicação do instituto da coisa julgada na esfera administrativa.

Para Tereza Celina Diniz Arruda Alvim, o fundamento da imutabilidade do ato administrativo não deve residir na coisa julgada, mas sim na teoria do direito adquirido. Segundo a doutrinadora, se o ato foi válido, gerando como consequência o nascimento de um direito subjetivo, ele não poderá ser revogado, ante a necessidade de respeito ao direito adquirido. Desta forma, não há que se falar em imutabilidade dos atos administrativos passíveis de revogação com fundamento na coisa julgada.⁸

Nessa esteira de reflexão, Daniele Coutinho Talamini defende que o instituto jurídico da coisa julgada não se aplica à esfera administrativa, “nem mesmo em relação aos atos que se caracterizem como decisão de situação controvertida”.⁹ E ainda adverte que:

[...] não caberia falar de coisa julgada na esfera administrativa por mais uma razão. A coisa julgada impede nova apreciação também em relação ao julgador. Para a Administração restará sempre a possibilidade de revisão de ofício, mesmo que o recurso não seja conhecido ou que não tenha havido recurso administrativo — ou seja, mesmo que a decisão tenha ‘transitado em julgado’.¹⁰

Para Marçal Justen Filho, a única possibilidade de vislumbrar a aplicação do referido instituto na esfera administrativa é da perspectiva formal.¹¹ Para o referido doutrinador, não é possível reconhecer a existência de coisa julgada material no direito administrativo por três motivos: ela não pode ser relacionada com a competência normativa abstrata da administração pública; segundo, não é possível sua aplicação no tocante ao exercício de competências

⁸ ALVIM, Tereza Celina de Arruda. O ato administrativo irrevogável e a coisa julgada — distinções e aspectos comuns. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 2, p. 267-282, 1972. p. 280. Vale asseverar que nesse artigo a professora não trata especificamente da aplicação da chamada “coisa julgada administrativa” a partir de atos administrativos eivados de ilegalidade. Mas discorda abertamente da possibilidade de a coisa julgada ser usada como “fundamento para imutabilidade assegurativa dos direitos imanescentes ao ato” (p. 277).

⁹ Daniele Coutinho Talamini, *Revogação do ato administrativo*, op. cit., p. 191.

¹⁰ *Ibid.*, p. 192.

¹¹ O doutrinador assim a conceitua: “a coisa julgada formal administrativa é a vedação jurídica a que a decisão final adotada num processo administrativo seja revista sem a observância de um outro processo”. Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 216.

que se reiteram no tempo; e, por fim, a possibilidade de a administração pública revisar seus atos, desde que não ocorra a decadência.¹²

Luiz Carlos Galvão de Barros aceita a existência da coisa julgada administrativa, mas com características diversas do instituto processual. Segundo o autor, o instituto atinge os chamados atos administrativos irrevogáveis, quais sejam, os vinculados, os instantâneos e os que geraram direito adquirido. Por outro lado, admite que a coisa julgada administrativa não prevalece no caso de nulidade ou anulabilidade do ato administrativo.¹³

Por sua vez, Sérgio Ferraz admite a existência da coisa julgada na esfera administrativa, no tocante ao exercício da autotutela:

Pode-se (e deve-se) falar, sim, em coisa julgada administrativa. Não infirma sua existência a possibilidade de reexame jurisdicional do ato. O que a expressão traduz é a impossibilidade de se rever, de ofício ou por provocação, o ato (*in casu*, a decisão no processo administrativo) em sede administrativa, após o percurso traçado no ordenamento jurídico. Trata-se de um imperativo dos princípios administrativos em geral, do da boa-fé, da moralidade e da segurança jurídica (dentre outros) em particular.¹⁴

Pelos posicionamentos expostos, é possível constatar a polêmica que o referido tema causa. De qualquer modo, optamos pelo posicionamento de que não é possível “transplantar” o instituto processual da coisa julgada em sua totalidade para a seara administrativa.

Tal assertiva fundamenta-se na possibilidade de a administração pública poder rever os seus atos, de ofício ou a pedido do interessado. Desta forma, se o instituto jurídico da coisa julgada for adequado para a esfera administrativa de forma integral, a administração pública não poderá mais revisar seus atos, extirpando do mundo jurídico o princípio da autotutela.

Consequentemente, o que se pode admitir é apenas e tão somente a existência de coisa julgada formal administrativa, visto que ela não impede a revisão dos atos administrativos, como bem preconiza Marçal Justen

¹² Ibid., p. 216-217.

¹³ BARROS, Luiz Carlos Galvão. Há coisa julgada administrativa? *Justitia*, São Paulo, v. 44, n. 117, p. 211-216, abr./jun. 1982. p. 215.

¹⁴ FERRAZ, Sérgio. Processo administrativo: prazos; preclusões. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, p. 45-59, 1999. p. 58.

Filho. Tal posicionamento é importante, visto que, admitindo-se apenas este fenômeno (também chamado de preclusão administrativa), significa que a própria administração pública poderá rever os atos administrativos e, diante do sistema brasileiro de jurisdição una, o Poder Judiciário também poderá revisá-lo. Para isto, basta que se instaure uma nova relação processual — administrativa ou judicial — a partir de prazos que são objeto de controvérsia, como se pretende analisar na sequência.

3. A Autotutela e o dever de anulação de ato administrativo ilegal

O princípio da autotutela é o que possibilita a administração pública de rever seus atos, revogando-os por conveniência e oportunidade, ou ainda, anulando-os se encontrado qualquer vício de legalidade.

Sobre o dever-poder¹⁵ de revisão de ofício de ato administrativo, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari nos ensinam que tal sistemática tem como fundamento “verdadeiros imperativos, axiológicos e constitucionais, da atividade administrativa (notadamente, os princípios da legalidade, da boa-fé, da indisponibilidade do interesse público e da finalidade)”.¹⁶

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a autotutela é uma decorrência do princípio da legalidade, pois se a administração pública se submete a esse princípio, ela tem o dever de efetuar o controle de seus atos.¹⁷

Em um primeiro momento, a autotutela foi consolidada em nosso ordenamento jurídico por meio de duas súmulas do Supremo Tribunal Federal. A primeira é a Súmula nº 346 (“a administração pode anular os seus

¹⁵ Expressão defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello ao preconizar que a função administrativa tem por objeto a satisfação de interesses públicos, ou seja, interesses da coletividade. Deste modo, nos ensina o ilustre professor que “tendo em vista o caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos — e não da pessoa exercente do poder —, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p.73.

¹⁶ Sérgio Ferraz, *Processo administrativo*, op. cit., p. 45.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 101.

próprios atos”) e a segunda é a Súmula nº 473.¹⁸ Atualmente, a autotutela está positivada no art. 53 da Lei nº 9.784/1999: “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”.

Ao efetuar o controle de seus atos, antes de promover a anulação, a administração pública deverá instaurar processo administrativo com a finalidade de garantir o contraditório e a ampla defesa para todos os interessados.¹⁹

No caso de atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para o cidadão, o legislador estipulou o prazo decadencial de cinco anos para a administração pública realizar a anulação, conforme já referido no art. 54 da Lei nº 9.784/1999. Entretanto, o legislador abriu uma exceção para o prazo de cinco anos, no caso de “má-fé”, mas omitiu-se quanto ao prazo. Consequentemente, os questionamentos acerca do tema são os mais diversos: a omissão legislativa foi proposital com a finalidade de permitir que a administração pública possa realizar a autotutela a qualquer tempo, no caso de ato nulo permeado de má-fé? Ou a omissão legislativa foi uma “falha” que deve ser “corrigida” pelos intérpretes do direito, com a adoção de um prazo?

Gustavo Henrique Justino Oliveira, em parecer proferido junto à Procuradoria-Geral do Estado do Paraná sobre a revisão de processo administrativo disciplinar, sintetiza a opinião majoritária acerca da discussão:

No que tange ao primeiro aspecto, e é este que mais interessa no caso em tela, a doutrina é unânime em apontar o prazo de 5 (cinco) anos para a formulação de pedido tendente a provocar a revisão, pela Administração Pública, de ato por ela praticado, e isto sob a ótica da legalidade. Aplica-se, por analogia, o prazo da prescrição quinquenal a favor da Fazenda Pública, previsto concomitantemente no art. 178, §10, inc. VI,

¹⁸ A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

¹⁹ A via processual é imprescindível, pois nos termos dos ensinamentos de Ana Claudia Finger: “mesmo se tratando de atos administrativos eivados de vícios, segundo a mais abalizada doutrina, a supressão de tais decisões e determinações do mundo jurídico não é automática, pois vezes há em que, em nome do princípio da segurança das relações jurídicas e da boa-fé dos administrados, levados a confiar na presunção de legalidade dos atos da Administração Pública, a manutenção do ato inválido se impõe”. FINGER, Ana Claudia. *O princípio da boa-fé no direito administrativo*. Dissertação (mestrado) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. p. 116.

do Código Civil e no Dec. Federal nº 20.910/32. Esta interpretação vem fundamentada no fato de limitar-se o controle judicial dos atos administrativos ao aspecto de sua legalidade. Uma vez transcorrido o prazo prescricional de cinco anos, haveria impossibilidade da invalidação dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Por extensão, a própria Administração Pública estaria impedida de rever os atos por ela praticados. Quanto ao segundo aspecto aludido, é imperioso conjugar o poder da autotutela com a natureza jurídica do instituto da prescrição.²⁰

Na mesma linha de raciocínio, Fábio Barbalho Leite defende a impossibilidade de a administração rever os seus atos, se o Poder Judiciário não puder mais fazê-lo, em virtude do exaurimento do prazo prescricional de cinco anos para o ajuizamento de demanda em face da Fazenda Pública. E fundamenta seu entendimento da seguinte forma:

Seria incoerente supor poder a Administração permanecer no gozo da competência invalidante de seus atos administrativos, quando o Judiciário já não mais o pudesse; é dizer, quando o órgão máximo da aplicação do direito em nosso sistema jurídico não mais tivesse a competência para constituir a invalidade de um ato administrativo supostamente viciado.²¹

Contudo, discordamos da argumentação apresentada pelos doutrinadores. Isto porque o prazo de cinco anos para revisão de atos administrativos não é proporcional diante da triste realidade da administração pública brasileira, como analisaremos com mais detalhes. Além disso, não há nenhum impedimento para que o prazo prescricional de ajuizamento de demanda em face da Fazenda Pública começasse a ser computado a partir do momento em que a administração realizasse a revisão do ato administrativo (mesmo com a revisão além dos cinco anos). E por evidente, depois da manifestação do

²⁰ O primeiro aspecto aludido pelo autor é o pedido de revisão de ato administrativo feito a pedido do interessado. O segundo também se refere à revisão, mas de ofício pela administração pública. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Revisão de Processo Administrativo Disciplinar. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 16, n. 10, p. 733-737, out. 2000. p. 735.

²¹ LEITE, Fábio Barbalho. Rediscutindo a estabilização, pelo decurso temporal, dos atos administrativos supostamente viciados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 213, p. 93-115, jan./mar. 2003. p. 105-106.

Judiciário sobre a legalidade do ato, aí sim estaríamos diante da coisa julgada (a judicial), que impediria a administração de alterar o ato administrativo.

De todo modo, a doutrina majoritária preconiza a limitação da possibilidade de rever os atos administrativos com base na prescrição quinquenal, prevista primeiramente no Código Civil de 1916 e mais tarde com a do Decreto nº 20.910 de 1932. O que serve de fundamento para tal posicionamento é que os prazos para o ajuizamento de demandas judiciais em face da Fazenda Pública servem de limitadores temporais para a revisão de atos administrativos pela própria administração. E com o advento da Lei nº 9.784/1999, o prazo contido no art. 54 do referido diploma também passou a servir de fundamento para tal posicionamento (ao nosso ver, nem sempre de forma coerente). É o que se confere a seguir.

3.1 A proporcionalidade e a revisão do processo administrativo no âmbito federal

A Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal, em alguns momentos positivou os posicionamentos dos tribunais em relação ao tema. Mas a grande novidade foi a imposição do prazo decadencial de cinco anos para a administração pública anular seus atos, se deles resultarem efeitos favoráveis ao cidadão. Tal disposição está presente no art. 54 da referida lei e a partir desse dispositivo a jurisprudência vem adotando o seguinte entendimento:

ADMINISTRATIVO — MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO — FUNCIONÁRIOS DA CONAB — ANISTIA — REVISÃO DOS ATOS — IMPOSSIBILIDADE — PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA — §1º, DO ART. 54, DA LEI 9.784/99 — SEGURANÇA CONCEDIDA. 1 — Pode a Administração utilizar de seu poder de autotutela, que possibilita a esta anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades. Entretanto, deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular. Na esteira de culta doutrina e consoante o art. 54, par. 1º, da Lei nº 9.784/99, o prazo decadencial para anulação dos atos administrativos é de 05 (cinco) anos da percepção do primeiro pagamento. No mesmo sentido, precedentes desta Corte (MS nºs 7.455/DF, Rel. Ministro Vicente Leal, DJU de 18.03.2002 e 6.566/DF, Rel. p/acórdão Ministro Peçanha Martins, DJU de 15.05.2000).

2 — No caso sub judice, tendo sido os impetrantes anistiados e readmitidos pela Portaria nº 237, de 21.12.1994, publicada em 23.12.1994, decorridos, portanto, mais de cinco anos entre a sua edição e a data da impetração, em 12.03.2001, não pode a Administração Pública revisar tal ato em razão da prescritibilidade dos atos administrativos. 3 — Segurança concedida para afastar eventual desconstituição dos atos de anistia em benefício dos impetrantes, determinando suas manutenções no serviço público federal. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios incabíveis, nos termos das Súmulas 512/STF e 105/STJ.²²

Pelo que se constata pela ementa supracitada, o posicionamento jurisprudencial consolida a vontade legislativa no sentido de conferir ao ato administrativo *status* de imutabilidade, por decurso de lapso de tempo, característica marcante do instituto jurídico da “coisa julgada material”. Isto porque, se a administração se vê diante de um ato ilegal que beneficia o cidadão e estando este de boa-fé, deverá revê-lo dentro do lapso temporal de cinco anos sob pena de imutabilidade. Consequentemente, se a administração pública não conseguir, por qualquer motivo, anular o ato ilegal de que decorram efeitos favoráveis ao cidadão de boa-fé, o erário terá que arcar com os prejuízos *ad perpetuam*.

Deste modo, na ponderação²³ realizada pelo legislador entre os princípios da segurança jurídica, boa-fé e interesse público, constata-se a preponderância dos dois primeiros em relação ao último, gerando como consequência a restrição temporal da autotutela.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 743 /DF; MS 2001/0033916-6, relator ministro Jorge Scartezzini, Terceira Seção, julgamento em 23/10/2002 e DJ em 17.2.2003, p. 218. Disponível em: <www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sob-medida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia>. Acesso em: 1º dez. 2017.

²³ Partimos da premissa de que os princípios são mandamentos de otimização, cuja principal característica é a possibilidade de satisfação em graus variados, conforme a teoria externa proposta por Robert Alexy. Assim, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ao contrário das regras, que contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível e impõem que algo seja realizado nos termos de funtores deonticos definidos (permitido, obrigado, proibido). Deste modo, em caso de colisão, um princípio restringirá o grau de eficácia do outro a partir da proporcionalidade e levando em consideração a casuística (ao contrário das regras, em que se aplica a lógica do “tudo ou nada” a partir da hierarquia, temporalidade e especialidade). Portanto, não há que se falar em hierarquia entre princípios: toda e qualquer norma dessa espécie pode ser objeto de restrição, seja enquanto interesse público, seja enquanto direito fundamental. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-95.

Neste sentido é a lição de Emerson Gabardo, de que a regra adotada pelo direito brasileiro é a da prescritibilidade, e a exceção, a imprescritibilidade, necessita de norma expressa.²⁴ E vai além ao afirmar que a revisão de atos administrativos deve submeter-se ao prazo geral de cinco anos, presente no Decreto nº 20.910/1932, e que o referido prazo se trata na verdade do instituto jurídico da decadência, e não de prescrição.²⁵ Corrobora sua linha de pensamento ao afirmar que:

O prazo decadencial da LFPR, pela sua própria natureza, não somente obsta o exercício da autotutela, como também impede que os entes administrativos ingressem judicialmente com vistas à tentativa de anulação do ato, sob pena de se ignorar o efeito indireto provocado pela decadência, que é o de destruição, por via reflexa, do direito de ação.²⁶

Ainda que necessária a delimitação temporal para preconizar a segurança jurídica, impende destacar que o prazo de cinco anos é desproporcional para revisão de atos ilegais, em um país cuja administração pública funciona de “quatro em quatro anos”. Levando em consideração a proporcionalidade²⁷ como instrumento de controle de constitucionalidade de atos normativos, em um primeiro momento, é necessário verificar se a medida estatal fomenta a realização de uma finalidade pública. Caso a resposta seja afirmativa, significa que a medida estatal é adequada.²⁸

²⁴ GABARDO, Emerson. Regime jurídico da decadência da pretensão anulatória dos atos administrativos. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 214.

²⁵ *Ibid.*, p. 215.

²⁶ *Ibid.*, p. 216.

²⁷ Segundo Virgílio Afonso da Silva, “a regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito — no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais —, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade”. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 24, abr. 2002.

²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 170.

Em um segundo momento, a medida estatal será necessária se não existir outro meio menos oneroso para atingir a finalidade pública almejada e que ao mesmo tempo seja menos restritiva para o princípio que está em colisão.²⁹ E por fim, na última etapa do teste, a chamada proporcionalidade em sentido estrito:

A última etapa da proporcionalidade, consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, tem como função principal justamente evitar esse tipo de exagero, ou seja, evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar.³⁰

Utilizando a proporcionalidade como filtro para atestar a (in)constitucionalidade do art. 54 da Lei nº 9.784/1999, constata-se que a delimitação temporal para anulação de atos administrativos que decorram efeitos favoráveis aos destinatários é medida adequada para atender os princípios da boa-fé e da segurança jurídica. Ademais, verifica-se que a limitação temporal também é medida necessária, já que não há outro meio que atenda os interesses preconizados pelo legislador e que, ao mesmo tempo, restrinja em menor grau o princípio do interesse público.

Entretanto, o prazo decadencial de cinco anos não passa pela última etapa do filtro da proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito. Isto porque, embora a delimitação temporal para anular atos administrativos seja medida adequada e necessária para atender a segurança jurídica e a boa-fé, ocorre uma restrição em grau elevado no tocante ao interesse público.

Como já relatado anteriormente, o planejamento da administração pública no Brasil ocorre a cada quatro anos. É público e notório que dificilmente uma gestão atual consiga rever todos os atos praticados pela gestão anterior. Com isso, a limitação da autotutela em apenas cinco anos é medida que praticamente restringe em grau máximo o interesse público, visto que atos ilegais se tornam imutáveis por decurso de tempo, gerando prejuízos aos cofres públicos. Assim, a necessidade de elastecimento do prazo decadencial para evitar que o erário pague pelos prejuízos decorrentes de um ato ilegal é premente.

²⁹ Ibid., p. 170-174.

³⁰ Ibid., p. 175.

Por isso, ao nosso ver, o legislador paulista agiu de forma proporcional, inclusive em sentido estrito, ao estabelecer a seguinte dicção legislativa sobre a temática aqui discutida: “A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando: I — ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado de sua produção; [...]”.³¹

Novamente, ao utilizarmos a proporcionalidade como filtro para definir se a restrição legislativa é ou não constitucional, constatamos que a medida estabelecida pelo legislador paulista é adequada para fomentar a segurança jurídica. Ademais, o ato também é medida que se faz necessária para tutelar a segurança jurídica, já que não há outro meio que atenda esse princípio e que, ao mesmo tempo, seja menos oneroso para o princípio em colisão, qual seja, o interesse público.

Por fim, constata-se que o ato supracitado é proporcional em sentido estrito diante do sopesamento enfrentado pelo legislador paulista entre segurança jurídica e interesse público. Ante a cedência recíproca³² que se faz necessária entre princípios, o Poder Legislativo paulista estabeleceu o prazo de 10 anos, independentemente se o ato foi praticado a partir de boa ou má-fé. O ato é proporcional em sentido estrito, pois atende a segurança jurídica e, ao mesmo tempo, restringe o interesse público na medida necessária, levando em consideração que a administração pública funciona em nosso país a partir de mandatos ou, ainda, a partir de legislaturas.

Não se está aqui a defender a necessidade da devolução de valores por parte do cidadão. De forma alguma a administração pública poderá exigir a restituição de pecúnia diante da boa-fé,³³ ainda que o ato seja ilegal. Mas o que não se pode admitir é que o erário arque por algo que não é devido, em razão

³¹ Art. 10 da Lei nº 10.177/1998 do Estado de São Paulo.

³² Nos termos da lei do sopesamento criada por Alexy: “Quando maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 167.

³³ Sobre a estabilidade do ato administrativo criador de direitos, nos ensina o professor Romeu Bacellar: “o ato administrativo que outorga direitos ao cidadão não pode ficar desprotegido diante do poder-dever da Administração Pública de anular os atos maculados por vícios em sua formação. É necessário, em tais situações, observar as circunstâncias que peculiarizam o caso concreto antes de se tomar qualquer decisão no sentido de anular o ato administrativo. Emergem, assim, questões relativas à boa-fé do cidadão beneficiado pelos efeitos do ato, a necessidade de segurança jurídica nas relações travadas com o Poder Público e a proteção à confiança legítima daquele que sofrerá consequências em sua esfera jurídica individual com o desfazimento do ato administrativo”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 304, abr./jun. 2010.

da desproporcionalidade (em sentido estrito) do prazo federal para revisão do ato administrativo ilegal, levando em consideração a realidade brasileira.

3.2 *A anulação do ato administrativo ilegal permeado de má-fé e a ausência de prazo legal para limitação da autotutela*

A outra hipótese aludida no art. 54 da Lei nº 9.784/1999 é a revisão do ato nulo em caso de má-fé. Essa situação é excepcionada em relação ao prazo decadencial de cinco anos. Entretanto, a lei não trouxe de forma expressa o prazo decadencial nessa hipótese. E, por isso, os questionamentos: há prazo? Qual seria? Ou ainda, ao omitir o prazo, o legislador teve a intenção de determinar a imprescritibilidade na hipótese excepcionada?

Neste ponto a doutrina tece os mais variados apontamentos.

Celso Antônio Bandeira de Mello busca a analogia para afirmar que o prazo é de 10 anos, de acordo com a regra estabelecida no Código Civil, art. 205.³⁴

Fábio Barbalho Leite, ao afirmar que a hipótese não é de imprescritibilidade, aponta algumas soluções: a primeira, de que o prazo seria o quinquenal para ajuizamento de demandas judiciais, contado a partir da ciência do vício. O problema, segundo o autor, seria estabelecer o *dies a quo* para o início da prescrição. Por isso, aponta outra solução para a controvérsia: o emprego do prazo prescricional de cinco anos após o término do exercício de mandato, presente na Lei nº 8.429/1992, art. 23, I. Mas essa solução apresenta a mesma controvérsia da anterior, o estabelecimento do *dies a quo*, principalmente se vários agentes participaram da edição do ato administrativo. No entendimento do autor, o prazo deveria iniciar-se a partir da saída do último agente envolvido na produção do ato.³⁵

Por fim, Fábio Barbalho Leite aponta como terceira solução a mesma do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, de que o prazo prescricional seria o de 10 anos do Código Civil de 2002, como prazo último para estabilização dos atos administrativos supostamente viciados.³⁶

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 1092.

³⁵ LEITE, Fábio Barbalho. Rediscutindo a estabilização, pelo decurso temporal, dos atos administrativos supostamente viciados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 213, p. 93-115, jan./mar. 2003. p. 111-113.

³⁶ *Ibid.*, p. 114.

Para Sérgio Ferraz e Adilson Dallari, a expressão “salvo comprovada má-fé” é inconstitucional, por afrontar o princípio da razoabilidade. E ainda acrescentam que “não vale, aqui, pretender o primado absoluto do princípio da legalidade. Dúvida não temos em dizer que, pelo decorrer do tempo, a segurança jurídica coloca entre parênteses o princípio da Legalidade”.³⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende a tese de que, se ocorreu a prescrição judicial, ou seja, exaurido o prazo de cinco anos estabelecido pelo Decreto nº 20.910/1932, a administração pública não pode rever o ato administrativo porque “a revisão constituiria ofensa à estabilidade das relações jurídicas que o legislador quis proteger com a fixação de prazo prescricional”.³⁸ Em razão do silêncio da lei, Di Pietro aponta a necessidade de que o prazo administrativo e o prazo judicial sejam os mesmos “sob pena de infringência ao interesse público na estabilidade das relações jurídicas”.³⁹

Com posicionamento peculiar, Régis Fernandes de Oliveira afirma que não há prazo para o poder público realizar a invalidação do ato administrativo, seja de ato nulo ou anulável, tomando por base a supremacia do interesse público sobre o privado diante da situação concreta. Afirma o autor que, em matéria de prescrição de atos administrativos, “deve ser analisada à vista do sujeito que pode pleitear a decretação de sua invalidade”.⁴⁰ Deste modo, quando o cidadão pleiteia, o prazo é de cinco anos tendo em vista a existência de regulação normativa sobre o tema. Por outro lado, quando se trata da administração pública, a autotutela poderá ocorrer a qualquer tempo, com fundamento no interesse público sobre o privado e ante a inaplicabilidade dos prazos do Código Civil para a esfera administrativa.⁴¹

Em sentido semelhante, Eduardo Stevanato Pereira de Souza e Guilherme Ferreira Gomes Luna concluem que não há que se falar em “coisa julgada administrativa” no caso da invalidação do ato administrativo decorrer de má-fé:

As decisões viciadas com má-fé não fazem coisa julgada administrativa e podem, melhor, devem ser invalidadas por iniciativa da própria Administração, facultado ao administrado a possibilidade de exercício

³⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 166.

³⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 920.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 131.

⁴¹ Ibid., p. 131-132.

de seu direito de defesa prévio. Neste caso, de acordo com a disposição expressa do art. 54 citado acima, pouco importando se a decisão administrativa é ampliativa ou restritiva de direitos, não se aplicará o prazo de decadência de 5 (cinco) anos ali previsto para o exercício da competência de invalidação em tela, de forma que não há a aplicação dos efeitos de imutabilidade da coisa julgada sobre tal decisão viciada. O espírito desse dispositivo é claro: não há como se constituírem os efeitos da coisa julgada administrativa em benefício da fraude, da má-fé. O administrado ardiloso não pode se beneficiar da proteção do instituto da coisa julgada administrativa através de sua própria torpeza (*"Nemo creditur turpitudinem suam allegans"*).⁴²

Para Juarez Freitas, a simples leitura do dispositivo indica que no caso de má-fé do beneficiário, não há que se falar em prazo decadencial para anulação. E ainda defende a tese de que a inexistência de prazo se estenderia também para outros tipos de atos administrativos nulos, ainda que não praticados com má-fé.⁴³

Com a devida vênia aos doutrinadores que viabilizam prazo para que a administração pública realize a autotutela, em caso de má-fé, por intermédio da analogia, não podemos coadunar com tais posicionamentos.⁴⁴

Primeiramente, é importante destacar que a analogia é instrumento de interpretação positivista, que não tem mais lugar em um neoconstitucionalismo que prima pela força normativa dos princípios.⁴⁵ Por seu turno, utilizar a

⁴² SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. Considerações sobre a coisa julgada administrativa. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 377-406.

⁴³ FREITAS, Juarez. Reflexões sobre o prazo anulatório e dever de motivação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As leis do processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 108.

⁴⁴ E neste ponto concordamos com o posicionamento de Juarez Freitas, para quem "apresenta-se inaceitável a aplicação do prazo decadencial e menos ainda a incidência analógica de prazos privatista, de sorte que, por si só, não reúne forças para obrigar a manutenção de um ato nulo de *pleno jure*, podendo, ao fluir, ser um dos requisitos tão somente para a convalidação dos atos anuláveis, desde que se verifique, está claro, a conjugação desta fluência com os demais fatores ou pressupostos gerais". *Ibid.*, p. 108.

⁴⁵ Contextualizando o neoconstitucionalismo a partir das constituições europeias da metade do século XX, afirma Daniel Sarmento que "boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas — são, em grande parte, princípios e não regras — a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção. A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes — frequente em constituições

analogia para fundamentar prazo de cinco anos para anulação de ato que decorre de má-fé é posicionamento que não condiz com a proporcionalidade, a partir das máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Como já apontado anteriormente, até mesmo o prazo de cinco anos para revisão de atos administrativos de que decorrem efeitos favoráveis é inconstitucional, levando em consideração que a nossa administração pública funciona a partir de “mandatos” e que isso implica a aniquilação da execução do dever de revisão dos atos administrativos (e, por consequência, a consolidação do prejuízo para o erário público). Que dirá a adoção do exiguíssimo prazo por “analogia”, diante da ilegalidade decorrente de má-fé.

Também não é possível concordar com a inserção do prazo de 10 anos, do direito civil para o direito administrativo. No direito civil são estabelecidas relações jurídicas que se diferem da relação estabelecida entre cidadão e Estado, em especial, no tocante à disponibilidade de interesses.

Deste modo, entendemos que a omissão legislativa no tocante ao prazo para anulação de atos que decorrem de má-fé não é omissão, mas sim a intenção do legislador de estabelecer a imprescritibilidade. Diante de um novo elemento a ser levado em consideração na ponderação de princípios na presente situação, qual seja, a má-fé, a imprescritibilidade foi considerada medida adequada para fomentar o interesse público de proteção ao erário. Entretanto, a partir da segunda máxima da proporcionalidade, a medida não é necessária, e para compreendermos tal sistematização fazem-se premente dois questionamentos: a imprescritibilidade é o único meio para tutelar o interesse público na proteção ao erário diante da má-fé? Ou haveria medida menos onerosa para o princípio que está sendo restringido — a segurança jurídica — e que ao mesmo tempo atenda ao interesse público preconizado?

Ao que nos parece, a imprescritibilidade não é o único meio capaz de fomentar a proteção ao erário em razão de ato ilegal decorrente de má-fé. A prescritibilidade também é mecanismo que atenderia esse propósito e

compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico — deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas”. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. p. 3. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016.

ao mesmo tempo seria medida menos onerosa para a segurança jurídica. Entretanto, a prescritibilidade precisa ser proporcional em sentido estrito, o que significa dizer que o prazo de limitação da autotutela diante da má-fé deveria ser extenso, comportando, no mínimo, duas legislaturas. O motivo nós já explanamos anteriormente: a administração pública no Brasil é “mandatária”.

De todo modo, a jurisprudência diverge do posicionamento doutrinário e estabelece a imprescritibilidade em caso de má-fé. É o que se confere a seguir.

3.3 A anulação do ato administrativo de má-fé na visão jurisprudencial

Como exposto, a maioria da doutrina defende a necessidade de limitação temporal para o exercício da autotutela pela administração pública em caso de má-fé, ainda que o legislador não tenha estipulado prazo no âmbito federal. Basicamente, o respaldo doutrinário para esta tese pauta-se no §5º do art. 37 da Constituição que estabelece que “a lei estabelecerá prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário [...]”. Diante da ausência de prazo determinado pela lei, a doutrina faz uso da analogia para suprir a lacuna legislativa.

Já a jurisprudência realiza uma interpretação totalmente diversa a respeito da exceção prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/1999, *in verbis*: “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”. O entendimento jurisprudencial é de que a administração pública poderá anular os atos administrativos permeados de má-fé a qualquer tempo:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. ANULAÇÃO. ATO COMPOSTO, E NÃO COMPLEXO. EXAME DA LEGALIDADE. SUJEIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS AO PRAZO DECADENCIAL PREVISTO EM LEI.

1. Conquanto venha sendo repetida como verdadeiro dogma a premissa adotada em julgados recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o ato de aposentadoria de servidor público estaria inserido na categoria dos atos administrativos complexos e dependeria, para se aperfeiçoar, da manifestação favorável

do Tribunal de Contas, não encontra respaldo na teoria administrativa mais atual. Conforme bem salientado no acórdão objeto dos embargos de divergência, “a aposentadoria de servidor público não é ato complexo, pois não se conjugam as vontades da Administração e do Tribunal de Contas para concedê-la. São atos distintos e praticados no manejo de competências igualmente diversas, na medida em que a primeira concede e o segundo controla sua legalidade”.

2. Por vício de legalidade, à administração é dado anular aposentadoria de servidor público, devendo tal prerrogativa ser exercida no prazo decadencial previsto em lei, salvo quando comprovada má-fé, iniciando-se a contagem com a publicação do ato, e não somente após o julgamento pelo Tribunal de Contas. Em outras palavras: ressalvada a hipótese de má-fé do beneficiário, em que a anulação tem lugar a qualquer tempo, o exame de legalidade do ato de aposentadoria deve ser realizado pela Corte de Contas em até 5 (cinco) anos da publicação, sob pena de ficar inviabilizado o desfazimento, ainda quando caracterizada alguma ilegalidade, por consumada a decadência do direito à anulação.

3. Caso em que a aposentadoria do servidor federal, publicada em 21/5/1998, foi julgada ilegal pelo Tribunal de Contas da União em 28/6/2005, donde a impossibilidade de anulação do ato, porquanto ultrapassado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos fixado pelo art. 54 da Lei nº 9.784/1999, cuja contagem se iniciou, por se tratar de aposentadoria concedida antes da vigência da referida lei, em 1º/2/1999, com término em 1º/2/2004.

4. Agravo regimental provido para se negar provimento aos embargos de divergência.⁴⁶

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO TENDENTE A REVER O ATO. ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA. ART 54 DA LEI Nº 9.784/99. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 1047524/SC, rel. ministro Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 14/5/2014, DJe 6/11/2014, grifo nosso. Disponível em: <www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sob-medida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia>. Acesso em: 1º dez. 2017.

1. O mero decurso do prazo de 5 (cinco) anos não tem o condão, por si só, de obstar que a Administração Pública revise determinado ato, haja vista que a ressalva constante do art. 54, parte final do caput, da Lei nº 9.784/99 permite sua anulação a qualquer tempo caso fique demonstrada, no âmbito de procedimento administrativo, a má-fé do beneficiário, tema esse que não é suscetível de análise na via estreita do *mandamus* em função da necessidade de dilação probatória.
2. O art. 54, §2º, da Lei nº 9.784/99 preconiza que a adoção pela Administração de qualquer medida tendente a questionar o ato no prazo de 5 (cinco) anos de sua edição já se mostra suficiente a afastar a decadência, não sendo indispensável, para tanto, a instauração de procedimento administrativo.
3. A concessão da segurança exigiria profunda investigação acerca da existência ou não de medida prévia tomada com o escopo de contestar o ato de anistia, o que novamente não se coaduna com os estreitos contornos do mandado de segurança, o qual, como é cediço, requer prova pré-constituída do suposto direito líquido e certo vindicado.
4. Inadequação da via eleita.
5. Segurança denegada.⁴⁷

De forma simplista, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) interpreta a ausência de prazo para a anulação de ato administrativo permeado com má-fé como cláusula de imprescritibilidade implícita para esta hipótese de autotutela. Ou seja, ao não estipular o prazo de forma expressa, o legislador teria determinado a imprescritibilidade para a anulação de atos eivados com má-fé, ainda que de forma implícita.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal (STF), diante da ausência de questionamento constitucional sob a via direta a respeito do art. 54 da Lei nº 9.784/1999, a corte restringe-se a repetir o posicionamento do STJ a respeito da aplicação da referida regra.⁴⁸

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 15.457/DF, rel. ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 14/3/2012, *DJe* 24/4/2012, grifo nosso. Disponível em: <www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sob-medida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia>. Acesso em: 1º dez. 2017.

⁴⁸ AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. PORTARIA INTERMINISTERIAL 134/2011. INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE REVISÃO. POSSIBILIDADE. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I — A jurisprudência de ambas

4. Considerações finais

Pelos posicionamentos apresentados, constatou-se o quanto o tema ainda causa divergências. De um lado, os que defendem a estabilização dos atos administrativos passíveis de anulação por decurso temporal de cinco anos, sob alegação de que nem mesmo o Poder Judiciário poderá fazê-lo, o que resultaria na adoção da coisa julgada na esfera administrativa. A interpretação dessa corrente é de que, por analogia, o prazo de cinco anos para demandar a Fazenda Pública em juízo deveria ser aplicado para restringir o exercício da autotutela, em nome da segurança jurídica. Outros ainda admitem que o prazo deva ser maior, qual seja, o de 10 anos da legislação civil também com o uso da analogia.

Por outro lado, há os doutrinadores que defendem a imprescritibilidade do exercício da autotutela, em defesa do primado da legalidade e da supremacia do interesse público. Isso porque, adotado o entendimento de que os atos administrativos ilegais tornar-se-iam imutáveis por lapso temporal, estar-se-ia transplantando o instituto da coisa julgada material para a esfera administrativa, o que não é possível de se admitir ante a incompatibilidade daquele em relação a esta seara. A adoção do instituto da coisa julgada material na esfera administrativa pode resultar na impossibilidade de a administração pública exercer seu dever de anular os atos praticados com ilegalidade. Para esses doutrinadores, o erário não pode arcar “eternamente” com os prejuízos causados pela ilegalidade decorrente da má-fé.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça apegase a esse posicionamento doutrinário, no sentido de que a ausência legislativa de prazo para a anulação de atos administrativos permeados por má-fé resulta em uma cláusula de imprescritibilidade para o exercício da Autotutela, ainda que de forma implícita. O STF reafirma o posicionamento da Corte guardiã da legislação infraconstitucional.

as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido da possibilidade de instauração, pela Administração Pública, do procedimento de revisão de anistia política, com fundamento na Portaria Interministerial 134/2011. II — O prazo de cinco anos previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999 não diz respeito à revisão, mas sim à anulação dos atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, ressalvados os casos em que for comprovada a má-fé. III — Agravo a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RMS 31498 AgR, relator(a): min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 04/02/2014, Processo Eletrônico *DJe*-033 Divulg 17-2-2014, *DJ* 18-2-2014. Disponível em: <www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sob-medida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia>. Acesso em: 1º dez. 2017.

Levando em consideração a opção constitucional pela preponderância do princípio da segurança jurídica, o que se constata na medida em que as exceções relacionadas com a prescritibilidade estão previstas de forma taxativa na Constituição, entendemos que o princípio da autotutela deve sofrer relativização temporal, ainda que em caso de má-fé. Por isso, defendemos a necessidade legislativa de regulamentação de prazo para anulação de atos administrativos eivados de má-fé, levando em consideração a situação administrativa do Brasil em todas as suas esferas. Em um país cuja administração pública funciona de acordo com o mandato do chefe do Executivo ou, ainda, de acordo com a legislatura, é praticamente inviável rever os atos administrativos praticados com má-fé e até mesmo descobrir as ilegalidades perpetradas, dentro de um curto lapso temporal de cinco anos como defendem alguns doutrinadores.

Por conseguinte, a regulamentação legislativa em no mínimo 10 anos a partir da publicação do ato administrativo permeado de má-fé seria ato adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, pois abarcaria duas eleições, e nesse ponto a legislação paulista poderia servir de exemplo de regulamentação para o âmbito nacional. A escassez de recursos e o interesse público justificam a necessidade de anular o ato eivado de ilegalidade a partir de um prazo elastecido. Após a declaração de nulidade pela administração pública, reabre-se o prazo para o Poder Judiciário efetuar seu controle de legalidade (com prazo prescricional de cinco anos).

E, por fim, justamente em razão da possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos, entendemos que não há que se falar em “coisa julgada administrativa”. Entre as principais diferenças entre as atividades judiciais e administrativas do Estado, a que se destaca é a impossibilidade de mudanças das decisões decorrentes da primeira, de forma diversa do que ocorre em relação à última. Ou seja, as decisões decorrentes do Poder Judiciário, ao serem qualificadas como materialmente julgadas, não são mais passíveis de revisão. De forma diversa ocorre na atividade administrativa, cujos atos podem ser revistos pela própria administração pública, ou, ainda, pelo Poder Judiciário, como decorrência do sistema de jurisdição una adotada em nosso país.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Tereza Celina de Arruda. O ato administrativo irrevogável e a coisa julgada — distinções e aspectos comuns. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 2, p. 267-282, 1972.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010.

_____. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BARROS, Luiz Carlos Galvão. Há coisa julgada administrativa? *Justitia*, v. 44, n. 117, p. 211-216, abr./jun. 1982.

BRASIL. *Lei Federal n. 9784 de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 1047524/SC, rel. ministro Sebastião Reis Júnior, rel. p/ acórdão ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 14/5/2014, *DJe* 6/11/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sobmedida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia>. Acesso em: 1º dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. MS 7.436/DF; MS 2001/0033916-6, relator ministro Jorge Scartezzini, Terceira Seção, julgamento em 23/10/2002 e *DJ* em 17.2.2003. p. 218. Disponível em: <www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sob-medida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia>. Acesso em: 1º dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. MS 15.457/DF, rel. ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 14/3/2012, *DJe* 24/4/2012. Disponível em: <www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sobmedida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia>. Acesso em: 1º dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RMS 31.498 AgR, relator(a): min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 4/2/2014, Processo Eletrônico *DJe*-033 Divulg 17-2-2014, *DJ* 18-2-2014. Disponível em: <www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sobmedida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia>. Acesso em: 1º dez. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017.

DI PIERRO JÚNIOR, Miguel Thomaz. Prescrição administrativa e coisa julgada administrativa. *Revista Forense*, v. 103, n. 394, p. 535-540, nov./dez. 2007.

FERRAZ, Sérgio. Processo administrativo: prazos; preclusões. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, p. 45-59, 1999.

____; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FINGER, Ana Claudia. *O princípio da boa-fé no direito administrativo*. Dissertação (mestrado) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

FREITAS, Juarez. Reflexões sobre o prazo anulatório e dever de motivação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As leis do processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 94-108.

GABARDO, Emerson. Regime jurídico da decadência da pretensão anulatória dos atos administrativos. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 197-226.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEITE, Fábio Barbalho. Rediscutindo a estabilização, pelo decurso temporal, dos atos administrativos supostamente viciados. *Revista de Direito Administrativo*, v. 213, p. 93-115, jan./mar. 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Revisão de processo administrativo disciplinar. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 16, n. 10, p. 733-737, out. 2000.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NASSAR, Elody. *Prescrição na administração pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REIS, Palhares Moreira. Da revisão do processo administrativo. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 12, p. 416-422, jul. 1996.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Coisa julgada administrativa: decisão absolutória, imodificabilidade. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 6, n. 5, p. 306-308, maio 1990.

SÃO PAULO. *Lei estadual n. 10.177 de 30 de dezembro de 1998*. Disponível em: <www.al.sp.gov.br/norma/?id=7505>. Acesso em: 11 set. 2017.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em: 17 maio 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. Considerações sobre a coisa julgada administrativa. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 377-406.

STOCO, Rui. Revisão dos atos administrativos após o decurso do prazo de cinco anos (a questão da preclusão temporal). *Revista dos Tribunais*, a. 98, n. 886, p. 41-53, ago. 2009.

TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.