



RIBEIRO & NEVES

Doc. 3 – Parecer do Professor Eros Roberto Grau.

O ilustre advogado André Francisco Neves Silva da Cunha encaminhou-me a seguinte

“Consulta

O Supremo Tribunal Federal reputou constitucional, por maioria, a questão objeto do RE 817.338, relator o Ministro Dias Toffoli, nos termos assim ementados:

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

O acórdão recorrido do STJ concedeu mandado de segurança para declarar a decadência do ato que anulou a portaria anistiadora em situação na qual, ‘quando da publicação da Portaria/MJ 1.960, em 6/9/12, ou, ainda, da Portaria Interministerial/MJ/AGU 134, de 15/2/11, já havia transcorrido o prazo decadencial, uma vez que a Portaria/MJ 2.340, que concedeu a anistia, é de 9/12/03’.



eros roberto grau

Lê-se no voto do eminente relator, no quanto ora importa considerarmos, o quanto segue:

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

O recurso extraordinário interposto encontraria fundamentação no disposto nos artigos 8º do ADCT e no artigo 5º, LXIX da Constituição Federal.

Tomando-se como ponto de partida o quanto consta dos autos desse recurso extraordinário, indaga-se:

1. situações flagrantemente inconstitucionais podem ser superadas pela incidência do que dispõe o artigo 54 da Lei 9.784/99? ou será perpétuo o direito, da Administração Pública, de rever seus atos em situações de absoluta contrariedade direta à Constituição Federal?
2. a amplitude da anistia concedida pelo artigo 8º do ADCT pode ser restringida, sem que evidenciada e comprovada má-fé na sua concessão, com fundamento no disposto no artigo 54 da Lei 9.784/99?
3. o recurso extraordinário interposto no RE 817.338 abrange matéria constitucional? ou compreenderia

eros roberto grau

matéria exclusivamente infraconstitucional? há, no caso, situações de contrariedade direta à Constituição Federal? quais violações frontais ao texto do artigo 8º do ADCT o Ministério Público e a AGU demonstraram em seus recursos? qual seria a violação frontal ao artigo 8º do ADCT que o Agente de Estado cometeu ao decidir discricionariamente, seguindo o que fora determinado pelo artigo 10 da lei 10.559?

4. há a necessidade de assegurar aos interessados as garantias do contraditório e da ampla defesa se e quando anistias concedidas há mais de cinco anos vierem a ser questionadas judicialmente?

5. ao ser editada a lei 10.559, que regulamenta o artigo 8º do ADCT, esta absorveu toda competência para disciplinar o procedimento de concessão do direito de anistia política, bem como de definir os agentes capazes para realizar tal procedimento?

6. aplica-se aos beneficiados pela anistia concedida pelo artigo 8º do ADCT o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 28.279/DF, relatora a Ministra Ellen Gracie?”.

Parecer

01. O encaminhamento das respostas a serem conferidas aos quesitos propostos na consulta reclama breve exposição introdutória a respeito do caráter do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias e da matéria objeto de regulação pela lei 10.559/2002.

Em um segundo momento passarei a cogitar (a) do disposto no artigo 54 da Lei 9.784/99, (b) da matéria do RE 817.338 e (c) da matéria do MS 28.279.

[o caráter do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e a lei 10.559/2002]

02. A Constituição do Brasil cogita da anistia, no quanto ora importa considerarmos, em três preceitos:

[i] no artigo 5º, XLIII dispõe que *“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”*;

[ii] no artigo 21, XVII define como da competência da União *“conceder anistia”*;

[iii] no artigo 48, VIII estabelece que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre *“concessão de anistia”*.

03. Para logo se vê, sem qualquer sombra de dúvida, que o artigo 8º do ADCT dispõe sobre matéria infraconstitucional, que o artigo 48, VIII da

Constituição do Brasil atribui à competência do Congresso Nacional.

No limite extremo dir-se-ia ter sido no caso praticada, pelo Poder Constituinte, usurpação de competência. Como, no entanto, *a maiori ad minus --- quem pode o mais pode o menos ---* o fato de o artigo 8º do ADCT dispor sobre matéria infraconstitucional não há de ser concebido como expressivo de usurpação dessa grandeza.

Em outros termos:

- * o artigo 8º do ADCT apenas e tão somente concede anistia a determinadas situações, nada dispondo a respeito do instituto da anistia;
- * não o regulamenta, ao legislador ordinário incumbindo fazê-lo, tal e qual determina o artigo 48, VIII da própria Constituição;
- * a circunstância de o ADCT conceder anistia a determinadas situações evidentemente não confere ao seu artigo 8º caráter de matéria constitucional.

04. Veja-se, bem a propósito, aguda manifestação do Ministro Marco Aurélio, em seu pronunciamento nos autos da *Repercussão geral no recurso extraordinário 817.338*:

“A premissa do instituto da repercussão geral é o envolvimento de controvérsia constitucional. O acórdão impugnado resultou de interpretação de normas estritamente legais, não ensejando campo

eros roberto grau

ao acesso ao Supremo. A tentativa acaba por fazer-se voltada a transformá-lo em mero revisor dos atos dos demais tribunais do País. À mercê da articulação sobre a violência à Carta da República, pretende-se submeter a análise matéria que não se enquadra no inciso III do artigo 102 da Constituição Federal”.

Dado que o acórdão objeto do RE 817.338 não contraria nenhum preceito da Constituição do Brasil -- ainda que o recurso mencione como malferidos seus artigos 2º, 5º, incisos II, XXXVI e LXIX e 37, *caput*, sem porém demonstrá-lo --- inexistente qualquer fundamento a ensejar a interposição de recurso extraordinário. E nem mesmo há, nas razões de recurso, sequer alusão a quais preceitos do artigo 8º do ADCT teriam sido violados pelo acórdão recorrido.

Embora sua ementa afirme que a lei 10.559/2002 *regulamenta* o artigo 8º do ADCT, ela meramente explicita o quanto dispõe esse preceito, nada mais.

A afirmação do Ministro Marco Aurélio, acima transcrita, é impecável: o acórdão impugnado na *repercussão geral no recurso extraordinário 817.338* resultou de interpretação de textos legais infraconstitucionais, não ensejando campo ao acesso ao Supremo.

Isto posto, passo a considerar, objetivamente, as matérias consideradas na formulação dos quesitos que me foram propostos.

[o artigo 54 da Lei 9.784/99]

05. Diz o artigo 54 da lei 9.784/99 que “[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”.

Calha bem à fiveleta, neste passo, a seguinte afirmação de Miguel Reale¹:

“Assim sendo, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela. Desde o famoso affaire Cachet é esta a orientação dominante no Direito francês, com os aplausos de Maurice Hauriou, que bem soube pôr em realce os perigos que adviriam para a segurança das relações sociais se houvesse possibilidade de indefinida revisão dos atos administrativos”.

06. É bem verdade que --- se comprovada a falsidade dos motivos que ensejaram a declaração da condição de

¹ Revogação e Anulamento do Ato Administrativo, Forense, Rio, 1980, pp. 71/2.

eros roberto grau

anistiado político ou os benefícios e direitos por ela assegurados --- a declaração de anistia poderá, caso a caso, ser tornada nula, desde que previamente assegurada a plenitude do direito de defesa do anistiado.

Basta a leitura do artigo 17 da lei 10.559/2002 para evidenciá-lo².

Ao primeiro quesito proposto na consulta há de ser conferida, portanto, a seguinte resposta: situações inconstitucionais são superadas pela incidência do que dispõe o artigo 54 da Lei 9.784/99, salvo a hipótese de comprovação de má-fé na consumação do ato administrativo que as consolidou, sempre asseguradas aos interessados, no entanto, as garantias do contraditório e da ampla defesa, caso a caso; não é pois perpétuo o direito, da Administração Pública, de rever atos seus consumados em situações de absoluta contrariedade direta à Constituição, decaindo em cinco anos a partir da data em que foram praticados, salvo - repito-o --- se comprovada má-fé na sua consolidação.

07. A exposição até este ponto desenvolvida me permite ainda, por outro lado, conferir solução ao segundo e ao quarto quesitos da consulta.

² O acórdão lavrado pelo Ministro Dias Toffoli na Repercussão Geral no RE 817.338 menciona farta jurisprudência nesse sentido, ainda sem que nela houvesse sido considerado o texto do artigo 17 da lei 10.559/2002.

eros roberto grau

A amplitude da anistia concedida pelo artigo 8º do ADCT não poderá ser restringida com fundamento no disposto no artigo 54 da Lei 9.784/99 sem que evidenciada e comprovada má-fê, caso a caso, na sua concessão.

É certo ainda, por outro lado --- tal e qual determina o artigo 17 da lei 10.559/2002 --- ser necessário assegurar-se aos interessados as garantias do contraditório e da ampla defesa se e quando anistias concedidas há mais de cinco anos vierem a ser questionadas judicialmente.

[a matéria do RE 817.338]

08. A matéria a que respeita o RE 817.338 é exclusivamente infraconstitucional.

O artigo 8º do ADCT, qual acima afirmei, apenas e tão somente concede anistia a determinadas situações, nada dispondo, no sentido de institucionalmente regulamenta-lo, a respeito do instituto da anistia. A circunstância de concedê-la a determinadas situações evidentemente não autoriza a equivocada suposição de que estivesse a dispor sobre matéria constitucional.

Note-se bem, por outro lado, que a lei 10.559/02 complementa o disposto nesse artigo 8º, completando o todo normativo atinente à disciplina do procedimento de concessão de anistia política, caso por caso, e definindo quais os agentes a tanto habilitados e suas competências.

eros roberto grau

Ainda que o RE 817.338 mencione como malferidos os artigos 2º, 5º, incisos II, XXXVI e LXIX e 37, *caput*, as ofensas a esses preceitos seriam, se as admitíssemos efetivamente configuradas, meramente indiretas. Permito-me ainda enfatizar, de mais a mais, que o Ministro Dias Toffoli, em seu voto na Repercussão geral no recurso extraordinário 817.338, não aponta diretamente como afrontado nenhum preceito da Constituição do Brasil.

Retorno, neste passo, uma vez mais à impecável afirmação do Ministro Marco Aurélio, duas vezes já acima transcrita: o acórdão impugnado na *repercussão geral no recurso extraordinário 817.338* resultou de interpretação de normas estritamente legais, não ensejando campo ao acesso ao Supremo.

09. Daí que --- nenhuma violação ao disposto no artigo 8º do ADCT tendo sido demonstrada pelo Ministério Público ou pela AGU, ou praticada pelo Ministro de Estado da Justiça --- o terceiro e o quinto quesitos podem também ser assim objetivamente respondidos:

* o recurso extraordinário interposto no RE 817.338 não abrange matéria constitucional, compreendendo matéria exclusivamente infraconstitucional; não há, no caso, ofensa direta à Constituição do Brasil ou violação frontal ao texto do artigo 8º do ADCT, demonstrada pelo Ministério Público e pela AGU em seus recursos ou praticada

eros roberto grau


pelo Ministro de Estado da Justiça, no exercício da competência a ele atribuída pelo artigo 10 da lei 10.559;

* a lei 10.559/02 --- embora sua ementa diga que “[r]egulamenta o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências” --- em verdade não regulamenta o artigo 8º do ADCT, mas simplesmente complementa o disposto nesse preceito, preceito que, como afirmei linhas acima, apenas e tão somente concede anistia a determinadas situações, nada a respeito dela dispondo enquanto instituto jurídico; leia-se, a esse respeito, o quanto afirmei nos itens 03 e 04, linhas acima.

[a matéria do MS 28.279]

10. A matéria a que respeita o MS 28.279 é distinta da que compõe o objeto do RE 817.338.

Neste último são questionadas a existência --- ou não --- de violação do disposto no artigo 8º do ADCT e a possibilidade de o ato ser anulado pela Administração Pública quando decorrido o prazo decadencial previsto na Lei nº 9.784/99.

Já o MS 28.279 tem por objeto afronta ao disposto no artigo 236, § 3º da Constituição do Brasil, no ponto em que explicita que “[o] ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos...”.


11. Daí ser cristalina a evidência de que não se aplica aos beneficiados pela anistia concedida pelo artigo 8º do ADCT o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 28.279/DF.

Nesse sentido --- direta, objetiva e incisivamente, sem mais delongas --- o sexto quesito proposto na consulta há de ser solucionado.

[respostas aos quesitos]

12. Aos quesitos propostos na consulta dou as seguintes respostas:

1. **sim**; situações inconstitucionais são superadas pela incidência do que dispõe o artigo 54 da Lei 9.784/99, salvo a hipótese de comprovação de má-fé na consumação do ato administrativo que as consolidou, sempre asseguradas aos interessados, no entanto, as garantias do contraditório e da ampla defesa, caso a caso; não é pois perpétuo o direito, da Administração Pública, de rever atos seus consumados em situações de absoluta contrariedade direta à Constituição, decaindo em cinco anos a partir da data em que foram praticados, salvo --- repito-o --- se comprovada má-fé na sua consolidação;

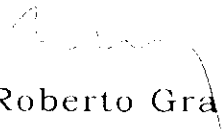
2. **não**; a amplitude da anistia concedida pelo artigo 8º do ADCT não pode, com fundamento no disposto no artigo 54 da Lei 9.784/99, ser restringida sem que evidenciada e comprovada má-fé na sua concessão;

eros roberto grau

3. **não**; o recurso extraordinário interposto no RE 817.338 não abrange matéria constitucional, compreendendo matéria exclusivamente infraconstitucional; não há, no caso, ofensa direta à Constituição do Brasil ou violação frontal ao texto do artigo 8º do ADCT, demonstrada pelo Ministério Público e pela AGU em seus recursos ou praticada pelo Ministro de Estado da Justiça, no exercício da competência a ele atribuída pelo artigo 10 da lei 10.559;
4. **sim**; há a necessidade de assegurar-se aos interessados as garantias do contraditório e da ampla defesa se e quando anistias concedidas há mais de cinco anos vierem a ser questionadas judicialmente;
5. **sim**; ao ser editada a lei 10.559, que regulamenta o artigo 8º do ADCT, esta absorveu toda competência para disciplinar o procedimento de concessão do direito de anistia política, bem como de definir os agentes capazes para realizar tal procedimento;
6. **não**; não se aplica aos beneficiados pela anistia concedida pelo artigo 8º do ADCT o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 28.279/DF, relatora a Ministra Ellen Gracie.

É o que me parece

São Paulo, 15 de fevereiro de 2016


Eros Roberto Grau