



**UniCEUB – Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento
Programa de Mestrado em Direito**

RODRIGO BENTO DE ANDRADE

**DECISÃO IRREGULAR EM CORRELAÇÃO COM A
APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO DE
APOSENTADORIA, REFORMA E PENSÃO PARA FINS DE
REGISTRO**

**BRASÍLIA/DF
2021**

RODRIGO BENTO DE ANDRADE

**DECISÃO IRREGULAR EM CORRELAÇÃO COM A
APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO DE
APOSENTADORIA, REFORMA E PENSÃO PARA FINS DE
REGISTRO**

Dissertação apresentada como requisito para a
obtenção do grau de Mestre em Direito do
Centro Universitário de Brasília - UniCeub.

Orientador: Prof. Sandro Lúcio Dezan

BRASÍLIA/DF
2021

ANDRADE, Rodrigo Bento de.

Decisão irregular em correlação com a apreciação da legalidade do ato de aposentadoria, reforma e pensão para fins de registro. Brasília: o autor, 2021.

200 f.

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan.

Introdução; 1. Decisões administrativas irregulares e os princípios que regem o Direito Administrativo: evolução da aplicação dos princípios nos atos decisórios da Administração; 2. O efeito do tempo e a sua correlação com a decisão administrativa irregular: impacto dos institutos de direito processual e material; 3. O controle sobre as decisões administrativas irregulares: importante instrumento de políticas públicas; 4. Decisão administrativa irregular sob à luz do controle externo: reflexos da natureza do ato emitido pelos tribunais de contas; Conclusão.

RESUMO

ANDRADE, Rodrigo Bento de. **Decisão irregular em correlação com a apreciação da legalidade do ato de aposentadoria, reforma e pensão para fins de registro.** Mestrado em Direito e Políticas Públicas. Brasília: UniCeub, 2021.

A decisão administrativa é o expediente pelo qual o gestor do erário pronuncia-se diante de um caso concreto, em uma relação jurídica entre o particular e o Estado ou, ainda, entre os seus agentes e a fazenda pública. O presente trabalho concentra-se na decisão administrativa irregular que nasce de um processo administrativo entre o agente público e o Estado que o remunera, especificamente no que diz respeito ao ato de aposentadoria, reforma e pensão. O ato de aposentadoria, reforma e pensão é inicialmente produzido no órgão ou na entidade de origem do servidor e, posteriormente, é encaminhado ao controle externo dos tribunais de contas para apreciação de sua legalidade e o subsequente registro. Situações por vezes erráticas, envolvendo o direito material e o direito processual contido nesse tipo de decisão surgem pelo fato de haver esses dois momentos que tratam sobre o ato de aposentadoria reforma e pensão, ou seja, aquele ato produzido inicialmente no âmbito do órgão ou entidade de origem do servidor e o ato de registro a ser lançado no campo do controle externo. Por vezes, institutos como a prescrição, a decadência e a preclusão administrativa são tratados de modo distintos nesses dois momentos, ocasionando diversos problemas jurídicos que, de modo recorrente, podem ocasionar prejuízos ao erário. O problema de pesquisa consiste em analisar esses dois momentos, com o intuito de revelar se o ato de registro promovido pelos tribunais de contas apresenta vínculo com o ato originário de aposentadoria, reforma e pensão, a ponto de buscar demonstrar que as vantagens remuneratórias avaliadas nesses dois períodos merecem tratamento jurídico equânime. Para tanto, a pesquisa passa por pontos relevantes do Direito Público e do Direito Administrativo, apresentando um desenvolvimento principiológico dos temas, desenvolvendo ainda institutos relacionados à passagem do tempo, como a decadência, prescrição, preclusão e coisa julgada administrativa, correlacionando-os com mecanismos de controle da decisão administrativa, com o intuito de evitar ou minimizar prejuízos ao erário. O objetivo é procurar evidenciar que ambos os momentos que envolvem o ato de aposentadoria, reforma e pensão podem estar de certa forma entrelaçados juridicamente, e, de maneira mais específica, capazes ainda de fornecer subsídios para que se evite ao máximo a emissão de uma decisão administrativa irregular, promovendo economia aos cofres públicos. Como primeira hipótese, encontra-se aquela em que define como distintos o momento do ato originário e aquele referente ao seu registro, e, de outra banda, tem-se como outra proposição a vinculação jurídica entre esses dois momentos. O método de pesquisa consiste em estudo bibliográfico doutrinário e análise de normas legais e jurisprudenciais pertinentes, expondo, quando necessário, uma avaliação jurídica crítica sobre o tema. A pesquisa ao final demonstra existir uma relação entre o ato originário de aposentadoria, reforma e pensão e a apreciação da legalidade desse mesmo ato para fins de registro, então realizada pelos tribunais de contas, a ponto de corroborar que ambos momentos estão relacionados e merecem tratamento sistemático correto.

Palavras-Chave: Decisão administrativa irregular; servidor público; ato de aposentadoria, reforma e pensão; registro e tribunais de contas

ABSTRACT

ANDRADE, Rodrigo Bento de. **Irregular decision in correlation with the assessment of the legality of the act of retirement, military retirement and pension for registration purposes.** Master in Law and Public Policy. Brasília: UniCeub, 2021.

The administrative decision is the expedient by which the manager of the treasury pronounces itself before a specific case, in a legal relationship between the private and the State or, still, between its agents and the public treasury. This work focuses on the irregular administrative decision that arises from an administrative process between the public servant and the State that remunerates him, specifically with regard to the act of retirement, retirement and pension. The act of retirement, reform and pension is initially produced in the agency or the server's source entity and, later, is referred to the external control of the courts of auditors for assessment of its legality and subsequent registration. Sometimes erratic situations involving the material law and the procedural law contained in this type of decision arise because there are these two moments that deal with the act of retirement, military retirement and pension, that is, that act produced initially within the framework of the agency or entity of origin of the server and the act of registration to be launched in the field of external control. At times, institutes such as prescription, decadence and administrative uncertainty are treated differently in these two moments, causing various legal problems that, on a recurring basis, can cause losses to the exchequer. The research problem consists of analyzing these two moments, in order to reveal whether the act of registration promoted by the courts of auditors is linked to the original act of retirement, retirement and pension, to the extent that it seeks to demonstrate that the remuneration advantages assessed in these two periods deserve equal legal treatment. To this end, the research goes through relevant points of Public Law and Administrative Law, presenting a principological development of the themes, further developing institutes related to the passage of time, such as decadence, prescription, preclusion and thing judged administrative, correlating them with mechanisms of control of administrative decision, in order to avoid or minimize losses to the treasury. The objective is to try to highlight that both moments involving the act of retirement, military retirement and pension can be in a certain way legally intertwined, and, more specifically, able to provide subsidies to avoid as much as possible the issuance of an irregular administrative decision, promoting economy to the public coffers. As a first hypothesis, one finds the one in which the moment of the original act and that of its registration are distinguished, and, from another group, one has as another proposition the legal link between these two moments. The research method consists of a doctrinal bibliographic study and analysis of relevant legal and jurisprudential norms, exposing, when necessary, a critical legal assessment on the subject. The research at the end demonstrates a relationship between the original act of retirement, retirement and pension and the assessment of the legality of the same act for registration purposes, then performed by the courts of auditors, to the point of corroborating that both moments are related and deserve systematic treatment straight.

Keywords: Irregular administrative decision; public server; granting of retirement, military retirement and pension; registry and courts of accounts

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - DECISÕES ADMINISTRATIVAS IRREGULARES E OS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO ADMINISTRATIVO: EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NOS ATOS DECISÓRIOS DA ADMINISTRAÇÃO	23
1.1 Supremacia do interesse público, segurança jurídica e Princípio da Juridicidade: uma nova realidade se impõe junto às decisões administrativas.....	23
<i>1.1.1 O Princípio da Supremacia do Interesse público em contraponto com os interesses dos administrados.....</i>	<i>24</i>
<i>1.1.2 O problema da Segurança Jurídica em decisões irregulares: possibilidade de manutenção da decisão administrativa irregular.....</i>	<i>33</i>
<i>1.1.3 Contornos sobre a aplicação do Princípio da Juridicidade nas decisões administrativas irregulares.....</i>	<i>42</i>
1.2 Aplicabilidade da segurança jurídica e do Princípio da Juridicidade em casos concretos: análise da juridicidade da aplicação desses institutos em decisões administrativas irregulares	47
<i>1.2.1 Emprego do Princípio da Juridicidade em decisões administrativas: instrumento de extinção ou manutenção da decisão administrativa?</i>	<i>48</i>
<i>1.2.2 Indisponibilidade do Interesse Público e Segurança Jurídica: confronto entre princípios para a devida aplicação em vantagens irregulares percebidas pelos servidores públicos ao longo do tempo.....</i>	<i>52</i>
CAPÍTULO II - O EFEITO DO TEMPO E A SUA CORRELAÇÃO COM A DECISÃO ADMINISTRATIVA IRREGULAR: IMPACTO DOS INSTITUTOS DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL.....	59
2.1 Aplicação da prescrição nas decisões administrativas: estudo sobre possíveis acertos e equívocos nas escolhas dos gestores públicos	59
<i>2.1.1 Aspectos da prescrição no Direito Administrativo: do Direito Civil para o Direito Público – a importação de conceitos como foco de eventuais problemas junto ao ato administrativo irregular</i>	<i>60</i>
<i>2.1.2 Estado atual da prescrição em decisões administrativas irregulares: imposição de correção para a Administração Pública?</i>	<i>69</i>
2.2 Análise dos aspectos fáticos acerca da aplicação da decadência sob à luz do Direito	

Administrativo contemporâneo e reflexos na decisão administrativa irregular.....	76
2.2.1 <i>Alcance da decadência nas decisões administrativas irregulares: relação jurídica entre a Administração e o interessado servidor público em face de prestações de trato continuado.....</i>	<i>77</i>
2.2.2 <i>Casos concretos de atos irregulares na Administração: avaliação da possibilidade ou não de afastamento da decadência pelo gestor, à luz da juridicidade.....</i>	<i>80</i>
2.3 A preclusão das decisões administrativas sob à luz do Direito contemporâneo: A preclusão administrativa, suas características legais e jurídicas e os seus impactos no âmbito do processo administrativo: eventual contraponto com a indisponibilidade do interesse público.....	92
CAPÍTULO III - O CONTROLE SOBRE AS DECISÕES ADMINISTRATIVAS IRREGULARES: IMPORTANTE INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	102
3.1 Controle dos institutos de direito intertemporal como ferramental de políticas públicas: Aplicação do Princípio da juridicidade sobre os institutos protetores do direito intertemporal: o processo como incentivador do controle sobre políticas públicas.....	102
3.2 Controle incidental como mecanismo de combate à decisão administrativa irregular.....	110
3.2.1 <i>O controle de Constitucionalidade Incidental na Administração: Reflexo nas Decisões Administrativas irregulares.....</i>	<i>111</i>
3.2.2 <i>Viabilidade e nuances do controle de constitucionalidade incidental ou difuso nas decisões administrativas irregulares: qual o alcance do controle externo?.....</i>	<i>124</i>
CAPÍTULO IV - DECISÃO ADMINISTRATIVA IRREGULAR SOB À LUZ DO CONTROLE EXTERNO: REFLEXOS DA NATUREZA DO ATO EMITIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	135
4.1 A coisa julgada administrativa e o limite de estabilização da decisão administrativa irregular.....	135
4.1.1 <i>A coisa julgada administrativa provoca impactos em face do direitos dos servidores públicos interessados?.....</i>	<i>136</i>
4.1.2 <i>A coisa julgada administrativa e o seu tratamento junto ao Poder Judiciário: concreção de direitos fundamentais em face de interesses públicos secundários</i>	<i>143</i>

4.2 O reflexo do ato emitido pelos tribunais de contas nas decisões administrativas irregulares.....	149
4.2.1 <i>Os tribunais de contas e sua missão constitucional no controle das decisões administrativas irregulares: análise sobre a existência ou não de distinções relevantes entre o processo de controle externo e o processo administrativo.</i>	<i>150</i>
4.2.2 <i>Ação dos tribunais de contas sobre a denominada coisa julgada administrativa: possibilidade ou não de modificação das decisões administrativas irregulares</i>	<i>157</i>
4.2.3 <i>É possível o gestor público adotar as mesmas implicações jurídicas da natureza do ato emitido pelos tribunais de contas?.....</i>	<i>164</i>
<u>CONCLUSÃO.....</u>	182
<u>REFERÊNCIAS</u>	187

SIGLAS

ATRICON – Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil

BE – Bônus de Eficiência

CF/1967 – Constituição Federal de 1967

CF/1988 – Constituição Federal de 1988

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

LPA - Lei de Processo Administrativo Federal

LOTUCU - Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União - LOTCU

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

RE – Recurso Extraordinário

RITCU – Regimento Interno do TCU

RJU – Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TC – Tribunais de Contas

TCU – Tribunal de Contas da União

INTRODUÇÃO

A noção de *serviço público* e de *Direito Administrativo* é colocada nas mais diversas mesas de discussão, primeiramente, pelos próprios agentes públicos, que se defrontam diariamente com problemas de ordem operacional. Em um outro momento, a própria população nacional questiona as bases do *Direito Administrativo*, cujos cidadãos exigem cada vez mais do Estado a prestação de atividades com um maior grau de qualidade e de eficiência, considerando que não mais se contentam com a simples entrega do serviço público, haja vista que exercem ainda uma espécie de controle geral sobre a “legalidade, eficiência e moralidade da ação administrativa”¹.

Para se alcançar o resultado desejado a ser entregue por um serviço público, com a consequente adjudicação de um bem para a coletividade, deve-se então perpassar por diversos processos e procedimentos e, por trás destes, estão os atos e as decisões administrativas, geradoras de efeitos para os mais distintos particulares e, por que não, também para os próprios servidores públicos, tidos por aqueles que exercem as suas funções públicas, agentes pelos quais o Estado opera².

Dentre os vários atos decisórios proferidos pelos gestores públicos, visando atingir a finalidade da Administração Pública, estão aqueles voltados para a máquina estatal, mediante uma declaração sua que lhe confere um direito³. Não raras as vezes, as decisões administrativas que originaram vantagens e parcelas de vencimentos aos agentes públicos são tomadas sem o devido amparo legal ou constitucional, ou, ainda, por meio de juízo equivocado da norma regulamentadora que incide sobre a situação fática.

Não tão raro também as leis e as normas que concedem essas parcelas aos servidores públicos são levadas ao Poder Judiciário, cujos fatos concretos chamam a atenção dos noticiários, a exemplo do MS 35410 MC/Distrito Federal -DF, impetrado pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil, em que se discutiu apreciação

¹ RODRIGUES, João Gaspar. **Publicidade, transparência e abertura na administração pública**. Rio de Janeiro: RDA – Revista de Direito Administrativo, 2014, v. 266, p. 121

² BORDALO, Rodrigo. **Servidores Públicos: Lei 8.112/1990 (Coleção soluções de Direito Administrativo: Leis Comentadas. Série I: administração pública; volume 4**. Irene Patrícia Nohara, Fabrício Motta, Marco Praxedes, coordenação). São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. p. 35.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 393.

do Tribunal de Contas da União sobre o Bônus de Eficiência - BE concedido aos servidores da Receita Federal do Brasil⁴.

As irregularidades relacionadas às parcelas e vantagens concedidas aos agentes públicos possuem uma particularidade: são originadas de decisão fulcrada em lei em sentido formal, construídas por um órgão constitucionalmente competente⁵, e têm uma característica de grande continuidade no tempo. As decisões administrativas que concederam as vantagens mencionadas, caso tenham analisado o fundo de direito pertencente ao administrado, são, a bem da verdade, atos administrativos, os quais podem e devem ser submetidos as mais diversas formas de controle.

Quanto aos controles dos atos administrativos acima mencionados, é de relevância ímpar o controle externo da Administração Pública, cujo titular, conforme art. 71 da Constituição Federal de 1988⁶, é o Poder Legislativo, então auxiliado nesse mister pelos tribunais de contas. Ressalte-se que o exame para fins de registro dos atos de aposentadoria, reforma e pensão do serviço público, então realizado pelas diversas cortes de contas do país, possui peculiaridades, que serão estudadas para fins dessa pesquisa.

Primeiramente, é preciso alertar para um ponto fulcral a ser compreendido neste trabalho, qual seja, o conceito de decisão administrativa irregular, o qual percorrerá por inúmeras vezes toda a pesquisa. Decisão administrativa irregular, para fins dessa análise, é aquela oriunda de um processo administrativo – não disciplinar -, em que parcelas ou vantagens foram concedidas aos servidores ou agentes públicos de modo indevido, mediante uma ilicitude, material ou formal. Não se trata de analisar nesse trabalho toda e qualquer decisão administrativa, haja vista que, ao assim proceder, perder-se-ia o enfoque no presente objeto, a ponto de se fazer necessário abranger assuntos do Direito Administrativo de modo inadequado

⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança 23.262 Distrito Federal**. Relator: Alexandre de Moraes. Pesquisa de Jurisprudência, Brasília, 15 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MS+E+MORAES+E+DJE%2D018%29%2835410%2ENUME%2E+OU+35410%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/r967zul>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7º ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25.

⁶ Ainda que o titular do controle externo da administração pública brasileira seja de titularidade do Poder Legislativo, ressalte-se que os tribunais de contas, conforme art. 71, tem competências constitucionais específicas, em que eles próprios realizam de forma efetiva atribuições de controle externo. BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 fev. 2019.

e até mesmo de maneira superficial, sem qualquer auxílio para o deslinde do problema de pesquisa.

Desse modo, a presente pesquisa percorrerá os principais aspectos que abrangem o ato administrativo, essencialmente aquele originado da decisão administrativa que concede vantagens e parcelas remuneratórias de maneira irregular aos servidores públicos, considerando os principais aspectos do ato de registro de aposentadoria, reforma e pensão, visando principalmente analisar os aspectos jurídicos relacionados à estabilidade dos mencionados atos decisórios, diante de casos concretos cujos atributos envolvem temas do direito relacionados a princípios basilares dessa ciência, com destaque para o da legalidade, acompanhado de uma teoria do Direito, visando dar suporte às decisões e atos administrativos⁷, e ainda aqueles relacionados ao curso temporal, seja de direito material ou formal.

A pesquisa tem como problema revelar um descompasso entre essas decisões administrativas que compõem o ato administrativo inicial - que declarou aos servidores públicos a aposentadoria, reforma ou pensão-, e a apreciação da legalidade desse ato para fins de registro, a ser realizada pelos tribunais de contas, diante da dificuldade de apontar se este último ato do controle externo deve estar ou não alinhado com o ato emitido originalmente pela Administração Pública. Importante dizer que não será objeto dessa pesquisa analisar aspectos relacionados ao preenchimento de requisitos para a inativação – como idade e tempo de contribuição do agente público-, de molde a realizar recorte de pesquisa dirigido às parcelas remuneratórias, entendendo assim ser desnecessário tecer considerações nesse trabalho sobre a prescrição ou decadência correlacionadas ao cumprimento de condições para a aposentadoria e reforma.

Será preciso então percorrer o sistema jurídico que versa sobre o assunto, dentro da delimitação necessária, com o intuito de verificar qual das duas hipóteses, então originadas do problema de pesquisa, é possível defender ao final do trabalho, ou seja: a) se deverá prevalecer que os dois atos citados no parágrafo anterior – ou momentos -, são totalmente independentes ou, ainda: b) se eles devem estar bem alinhados, para então produzirem uma decisão administrativa não contraditória.

⁷ DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **A juridicidade administrativa contrária a direitos fundamentais no processo administrativo sancionador: uma relativização inconstitucional do Princípio da Legalidade**. Revista da AGU, jul./set. 2016. v. 15, n. 03, p. 223.

Em um sentido mais abrangente, o objetivo da pesquisa é demonstrar como é relevante manter um controle efetivo dos gastos da administração pública, no que diz respeito às decisões administrativas irregulares que concedem parcelas ou vantagens remuneratórias aos servidores públicos, essencialmente quanto aos atos de aposentadoria, reforma e pensão, os quais são originalmente elaborados pelo órgão ou entidade competente e, posteriormente, enviados aos tribunais de contas para fins de registro.

Mirando um objetivo mais específico e pontual, que, de certa forma se relaciona com a natureza dos atos envolvidos, a pesquisa trará nuances envolvendo esses dois momentos acima citados, para, ao final, buscar entregar um desfecho jurídico adequado ao problema de pesquisa, no sentido de dizer se existe ou não relação entre o ato emitido pelo gestor público e aquele outro de registro proferido pelo controle externo financeiro e, conseqüentemente, apontar eventuais resultados extraídos da relação que os envolve.

A metodologia a ser utilizada na pesquisa será baseada em pesquisa bibliográfica doutrinária, retirada de livros e de diversos artigos, bem como na indicação de jurisprudência e de normas aplicáveis às situações fáticas apresentadas, revelando, sempre que possível, uma análise crítica do ponto de vista do sistema jurídico, utilizando-se, predominantemente, do método hipotético-dedutivo, ao apresentar os embaraços jurídicos que envolvem o tema, testando as hipóteses sob à luz dos selecionados pontos de vistas normativo-jurídicos, para ao final produzir uma solução científica sobre os elementos carreados ao presente trabalho, essencialmente visando responder se o ato emitido pelos tribunais de contas, na apreciação da legalidade de aposentadorias, reformas e pensões, pode ou não impactar as decisões administrativas irregulares emitidas pelos gestores da área de pessoal.

A partir dessa perspectiva, o trabalho abrangerá ainda os principais assuntos relacionados à probabilidade de se alterar um ato no domínio administrativo, procurando sempre evidenciar quando tais decisões podem realmente se tornar assentes, ou, quem sabe, até mesmo imutáveis, ainda que tenham sido originadas de um ato administrativo inválido, em contraponto com as suas tão conhecidas conseqüências, quais sejam, a desconstituição como norma do Direito e a possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica ou o gestor público que o emitiu⁸.

⁸ Segundo Carlos Ari Sundfeld, o ato inválido possui duas conseqüências, sendo que a primeira decorre da possibilidade de se “desconstituir a sua existência enquanto norma jurídica, e, a segunda, está relacionada à “responsabilização da pessoa jurídica à qual se imputa o ato ou do agente que o praticou”. SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato Administrativo Inválido**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 24.

De fato, e corroborando a motivação dessa pesquisa, nota-se que o tema, ao percorrer a natureza da decisão administrativa irregular, envolve princípios e assuntos da ciência jurídica, sejam de direito material ou de direito processual, entrelaçando alguns ramos do Direito Público e Privado, a exemplo do Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Administrativo. “Não há instituto privativo de certa disciplina, tal como ensinado nas escolas⁹”. Isso acontece principalmente porque os ramos da ciência jurídica não são somente estáticos e estudados sobre uma única perspectiva. Nesse sentido, Niklas Luhmann oferece essencial ensinamento ao dizer que “estas teorías agrupan y ordenan el complejo material al que se enfrenta el derecho en la práctica, en constelaciones en las que los casos y los problemas quedan ubicados en las inmediaciones¹⁰”.

Embora o arcabouço alusivo sobre o tema seja de certa forma extenso, existindo diversas leis e normas que regulamentam assuntos de direito material e de direito processual no âmbito da Administração Pública, não há um Código de Direito Administrativo – a exemplo do que ocorre no Direito Civil e no Direito Processual Civil -, que discorra de forma sistematizada sobre as principais situações fáticas que ocorrem entre o administrado e a Administração. Busca-se então soluções em outros ramos do Direito, a exemplo do Código de Processo Civil, o qual agora possui até autorização expressa para tanto¹¹.

Nesse sentido, essencialmente quanto às parcelas e às vantagens recebidas pelos agentes públicos a título de remuneração ou de provento, saltam-se aos olhos do gestor público assuntos jurídicos ordinários e que se repetem, principalmente aqueles relacionados aos efeitos originados do decurso do tempo. A título de exemplo, podem ser usadas, com o intuito de enfrentar questões dessa natureza, medidas incorporadas ao novo Código de Processo Civil, que tenham a intenção de “encontrar solução alternativa que leve em consideração a eficiência processual e a primazia da decisão de mérito¹²”.

⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 16.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Formatação Eletrônica. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona, Texto fornecido por Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães. Versão 5.0, de 12/1/2003. p. 3.

¹¹ O Código de Processo Civil traz agora expressamente em seu art. 15 autorização expressa para que ele seja utilizado de forma supletiva e subsidiária diante da ausência de normas de processo administrativo. BRASIL. LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 mai. 2020.

¹² Para saber mais, consultar o Voto condutor do Mandado de Segurança 25.097/DF, impetrado no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que versou sobre a superação de intempestividade a favor da impetrante, em face de preservação da segurança jurídica, tendo em vista que, no caso concreto, questionava-se a suspensão de pagamentos por parte do Tribunal de Contas da União, por motivo de suposta

Serão então trabalhados na dissertação princípios do Direito Administrativo que estão diretamente relacionados à justificação jurídica para a tomada de decisão no âmbito da Administração Pública, como os Princípios da Supremacia do Interesse Público sobre o privado, da Segurança Jurídica, da Legalidade e da Juridicidade, os quais serão analisados junto à doutrina contemporânea, principalmente aquela então conhecida como pós-positivista do Direito, haja vista que, nos dias atuais, esses princípios tomaram uma outra dimensão, diante do dinamismo social e político que contemporaneamente a sociedade brasileira se encontra, tendo princípios jurídicos de ordem constitucional ganhado enorme relevância¹³.

Temas do direito processual e do direito material, a exemplo dos institutos da preclusão, da prescrição, da decadência e da prescrição de fundo de direito – esse último originado da negativa de um direito do administrado por parte da Administração -, exercem também relevante influência na decisão administrativa que concede parcelas de remuneração e de proventos aos servidores públicos, podendo até mesmo limitar o direito de petição. Esse direito de petição e de representação não deve ser tolhido dos cidadãos, haja vista que se configuram dentro do grupo de “garantias políticas”, constitucionalmente reconhecidas¹⁴.

Desse modo, a pesquisa apontará ainda os efeitos da preclusão administrativa no processo perante os procedimentos realizados na Administração Pública, demonstrando os seus atributos jurídicos, bem como apresentando os seus impactos junto ao desejo do servidor público em buscar o seu direito, confrontando esse instituto processual com o Princípio da Legalidade, adstrito a vincular a Administração a “cumprir, com exatidão e excelência, os preceitos normativos de direito positivo¹⁵, e que em seu início teve como intenção “controlar a Administração então marcada pela presença do monarca absolutista¹⁶”. A construção agora não só pela Lei, mas também pelo Direito, à luz da situação fática, perpassa sem dúvida por todos esses caminhos, haja vista que, como ensina Eberhard Schmidt-Assmann “tanto la

cumulação indevida de proventos por parte da impetrante, concedidos por medida liminar há mais de doze anos. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança nº 25.097 - DF**. Relator: Gilmar Mendes. Pesquisa de Processos, Brasília, 05 mai. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2250176>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

¹³ CHICOSKI, Davi. **A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico**. Revista Digital de Direito Administrativo. Vol. 3, n. 1, 2016, p. 255.

¹⁴ CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 478.

¹⁵ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/99**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 88.

¹⁶ CHICOSKI, Davi. **A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico**. Revista Digital de Direito Administrativo. Vol. 3, n. 1, 2016, p. 255.

jurisprudência como la doctrina deben hacer abstracción del caso concreto para avanzar em la construcción del Derecho¹⁷”.

A pesquisa tecerá também considerações sobre os principais aspectos relacionados ao direito material, no que diz respeito à prescrição e à decadência, buscando mostrar o pensamento jurídico e doutrinário que distingue tais institutos, revelando ainda posicionamentos críticos sobre o assunto, procurando um esclarecimento das práticas que vêm sendo adotadas pela Administração Pública, em conciliação com os direitos dos administrados, em contraponto a um suposto Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, advogando, a bem da verdade, pela busca de uma prevalência do interesse coletivo sobre o individual.

Ademais, nota-se ainda, no que tange à aplicação da prescrição e da decadência no âmbito da Administração Pública, que normas que versam sobre esses institutos por vezes confundem ambos, chamando de prescrição o que deveria ser denominado de decadência ou vice-e-versa¹⁸, influenciando decisões administrativas ao ponto de se tornarem equivocadas, levando diversos atos administrativos a serem questionados no âmbito do Poder Judiciário, fato este que será também apresentado e analisado na presente pesquisa.

Percebe-se ainda que, no que tange ao direito material, mais precisamente à decadência, explicitada no art. 54 da Lei 9.784/1999¹⁹, a aplicação deste dispositivo nos processos que tramitam perante os tribunais de contas nacionais, destinados à apreciação para fins de registro de aposentadorias, reformas e pensões, tem valor distinto daquele previsto para a Administração Pública, haja vista que, como já dito acima, o Supremo Tribunal Federal entende até o momento que esse ato é complexo, e, conseqüentemente, tal prazo poderia assumir outras conseqüências.

Dessa maneira, necessário investigar se realmente cabe aplicar distinções jurídicas entre o ato produzido pelo gestor e aquele que será feito anos após pelo controle externo, em exame de aposentadorias, reformas e pensões. Ressalte-se que o “processo encaminha-se para a finalidade correta²⁰”. Percebe-se assim que o enfoque do trabalho é avaliar a estrutura desse ato

¹⁷ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoria general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 7.

¹⁸ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 267.

¹⁹ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 09 fev. 2020.

²⁰ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/99**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 250.

administrativo, originador de vantagens aos servidores públicos ativos e inativos, então produzido com algum tipo de ilegalidade ou afronta ao sistema jurídico, buscando uma interpretação condizente com este sistema. Ao assim proceder, busca-se não privilegiar apenas os sentidos das palavras²¹, percorrendo os vínculos desta ordem sistemática no âmbito de uma causalidade interna²², tendo como ponto de apoio os controles a serem realizados sobre esse ato, em correlação com a natureza do ato lançado pelos tribunais de contas na apreciação de aposentadorias, reformas e pensões, principalmente quanto ao aspecto temporal.

Quanto aos controles a serem exercidos sobre o ato ilegal ou irregular que concedeu vantagens ilícitas aos servidores públicos, a dissertação irá apresentar as formas mais corriqueiras desse tipo de monitoramento do ato, revelando uma breve evolução do controle de constitucionalidade a ser efetivado sobre ele, com o fito de fornecer subsídios para a tomada de decisão sobre o exercício do controle de constitucionalidade incidental na Administração Pública, dissertando ainda sobre o controle jurídico-administrativo das decisões administrativas que originaram vantagens irregulares aos agentes públicos.

Nesse tom, é de destacar que o tema da dissertação é essencial para a evolução e aperfeiçoamento do Estado, considerando que se trata de assunto que envolve vultosos recursos públicos de natureza atuarial, cujo problema é recorrentemente enfrentado pelo gestor público em sua rotina de trabalho, até mesmo quando em cumprimento às determinações de fiscalizações realizadas pelos tribunais de contas, conforme competência constitucional prescrita nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal²³.

Deve-se percorrer a distância entre o ato ilegal ou irregular produzido pelo gestor público - que originou uma vantagem ou uma parcela de remuneração ou proventos ao servidor público -, e o exame desse mesmo ato anos após pelos tribunais de contas, em sua missão de apreciar para fins de registro aposentadorias, reformas e pensões. Nota-se que a busca pela legalidade do ato, ao ser assinalada pelos tribunais de contas, mira dar cumprimento à lei que organiza e fornece subsídio não só para a ação do Estado, mas também para a ação humana,

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. E-book. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 151.

²² Lourival Vilanova conceitua a causalidade interna como “vínculos que o sistema de normas estabelece entre os fatos (fatos-eventos e fatos-conduta)”. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 43.

²³ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 fev. 2019.

pois, afinal, “os cidadãos se submetem ao governo da lei²⁴”. No entanto, a abrangência do conceito de lei, ou, melhor ainda, de sua respectiva primazia, tomou novos contornos no Direito Administrativo contemporâneo, como também será delineado nessa pesquisa.

Assim sendo, será oferecida uma análise sobre os detalhes que abraçam a pretensa estabilidade de um julgado, ou, melhor ainda, da existência da conflituosa coisa julgada administrativa – ainda que simplesmente relativa, considerando que em nosso sistema sempre é possível submeter a decisão à revisão por parte do Poder Judiciário²⁵. Ademais, é de se verificar que os vencimentos do servidor público efetivo possuem uma proteção jurídica constitucional e infralegal, sendo uma despesa imperativa em que o Estado não pode se imiscuir de cumprir.

Essas obrigações financeiras da Administração acabam por recair sobre toda a sociedade civil, conforme advoga Alceu Maurício Jr²⁶. Os servidores são remunerados de acordo com seus cargos e com as tarefas que realizam, todavia, não podem perceber valores irregulares dos quais não lhe são de direito e que não cumpriram os requisitos para tanto. Devido a isso, é de grande importância analisar juridicamente quando e como tais decisões irregulares podem ou não ser reformadas.

As cortes de controle brasileiras devem ser reconhecidas no país por buscar zelar dos recursos empregados em políticas públicas e em infraestrutura voltadas para o desenvolvimento da nação, a exemplo de atuação em licitações e contratos bem como no controle de gastos de pessoal. Essa maneira de atuar é, como bem quis a nossa Constituição, um esforço de manutenção da democracia, isso porque, conforme defende parte da doutrina, não existe democracia sem controle²⁷. Isso é assim porque a própria noção de Estado democrático, cujos representantes são eleitos para defenderem o interesse da sociedade, necessita de mecanismos de controle para que essa representação seja bem executada, reforçando a atuação de cidadãos livres e bem avisados, a não comporem uma massa incapaz e orientada por suas emoções e por

²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4º ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003, p. 46.

²⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 70.

²⁶ MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 82.

²⁷ LIMA, Luiz Henrique. E-book. **Teoria e jurisprudência para os tribunais de contas**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 39.

dirigentes mal ou bem intencionados, sem, contudo, construir com isso uma ditadura da maioria
28.

Todavia, a atuação do Controle Externo por parte dos tribunais de contas vem sendo constantemente questionada. Nesse sentido, o legislador, atento ao clamor de alguns estratos da sociedade, promoveu adições na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, por meio da Lei 13.655/2018, com o intuito de atribuir maior segurança jurídica às atividades do gestor público, visando principalmente definir alguns contornos para a atuação nas esferas administrativa, controladora ou judicial sobre os atos e contratos administrativos, em busca pelo interesse público²⁹.

Como singelo exemplo, cita-se o art. 21 da LINDB³⁰, cujo teor prescreve que determinada decisão, então produzida na esfera administrativa, de controle ou no âmbito do Poder Judiciário, carecerá de apontar expressamente as implicações administrativas ou jurídicas da decretação de invalidade de um ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Assim, deve-se então mensurar não somente as implicações jurídicas de uma invalidação do ato, mas também as administrativas³¹.

Quanto ao controle dos gastos de despesas de pessoal efetuado pelo Tribunal de Contas da União, no que tange à verificação de pagamentos de parcelas irregulares ou inconstitucionais, é de se notar que, de regra, os relatórios produzidos pelas equipes de fiscalização do TCU procuram quantificar o montante dos prejuízos ao erário que serão evitados ou estancados, demonstrando assim consonância pelo menos com o disposto no art. 21 da LINDB, embora a intenção da LINDB parece ter sido mais abrangente, principalmente sob o ponto de vista do administrado. Isso, porque, em diversas situações, o agente público tem anulada contra si uma decisão, ou, ainda melhor, um ato jurídico da Administração suscetível

²⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p.133.

²⁹ Essa modificação é de grande valia para a atuação do gestor do erário, no que tange ao alcance de um pretenso interesse coletivo, pois, como bem explicitado por Eduardo García de Enterría, “interés general o interés público son guías claras que utiliza el constituyente para organizar instituciones o actuaciones públicas”. ENTERRÍA, Eduardo García de. **Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado**. Revista Española de Derecho Administrativo, n. 89, 1996, p. 71.

³⁰ BRASIL. LEI Nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 11 fev. 2020.

³¹ MOTTA, Fabrício, NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 48.

de ser anulado³², que lhe foi favorável, mesmo já tendo transcorrido mais do que os cinco anos que constam do prazo decadencial do art. 54 da Lei 9.784/1999.

Aqui reside então a relevância em investigar se há distinções quanto ao ato produzido ou modificado pelo gestor público - quando do recebimento de uma petição ou de um recurso dirigido pelo servidor ou agente público-, daquele outro que se origina do exame do ato referente à apreciação para fins de registro dos atos de aposentadoria, reforma e pensão, haja vista existirem dúvidas e ilações jurídicas quanto à aplicação do prazo prescrito no art. 54 da Lei 9.784/1999, a ser utilizado pelos tribunais de contas para impor a nulidade de uma decisão³³.

Ademais, ainda é muito comum, em diversas ocasiões, que o administrado ou o agente público identifique situações concretas em que houve erro da Administração Pública, gerando a supressão ou a redução de determinada parcela ou vantagem desse trabalhador, seja por erro operacional, seja por erro de interpretação da lei, razão pela qual esse servidor ou esse agente público, então detentor do direito, dirige uma petição ao respectivo gestor, após anos da ocorrência da referida falha, originando assim dúvidas por parte daquele que irá analisar o pedido, no que tange à incidência ou não dos prazos decadenciais e prescricionais para fins de devolução de valores ao administrado.

Relevante então se faz também analisar o efeito que produz a passagem do tempo sobre a atuação do gestor, em face da decisão irregular de concessão de vantagens remuneratórias, devidamente publicada. É evidente que a publicação aqui mencionada está para o sentido de não só como um “ato de divulgar, de tornar público³⁴”, mas sim de notificação do interessado, que é aquele que está defendendo os seus interesses individuais, ou, também, quem lhe está representando³⁵. Há então de se considerar questões processuais, a exemplo dos efeitos judiciais de não notificar o agente público das decisões aqui trabalhadas.

³² CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 533.

³³ Ressalte-se que os conceitos de invalidade dos atos jurídicos foram inicialmente transpostos do Direito Civil para o Direito Administrativo, principalmente por acreditarem que o Direito é composto de um único tecido. Almiro do Couto e Silva ensina que “ao penetrarem tais concepções no Direito Administrativo”, elas ainda ganhavam reforço em razão da força de princípios do direito público, a exemplo do tão festejado à época Princípio da Legalidade. SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015, p. 715.

³⁴ SOARES, Marco Antônio Striquer. **O princípio constitucional da publicidade e propaganda do Governo**. Revista Jurídica da UniFil, Ano IV – nº 4, (digital), 2007 p. 65.

³⁵ DEZAN, Sandro Lúcio, CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Processo administrativo: Lei 9.784/99**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 53.

A identificação da decisão irregular de parcelas remuneratórias, principalmente quando já ultrapassado um longo decurso do tempo suscitam dúvidas, cuja ausência de resposta pode gerar prejuízos, tanto para a Administração quanto para o administrado, sendo que, por vezes, tal irregularidade somente é identificada anos depois, ou, ainda, nunca será notada, tendo passado despercebida por ambas as partes. Dessa maneira, mediante uma avaliação jurídica, com fundamento em normas, doutrina e jurisprudência, considerando a natureza do ato emitido pelos tribunais de contas, quando do registro dos atos de aposentadoria, reforma e pensão, será investigado se as decisões administrativas irregulares, praticadas antes do seu conhecimento por parte das cortes de contas, deveriam ou não ser tratadas juridicamente de modo distinto do que atualmente são abordadas, sob à luz da Constituição Federal e da evolução dos princípios que permeiam o Direito, essencialmente o Direito Administrativo³⁶.

A pesquisa, no que tange ao tema, trará ainda a jurisprudência recorrentemente empregada pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas da União, de molde a tornar visível as soluções que são utilizadas em face das situações fáticas que brotam nas mesas dos gestores da Administração, bem como revelando juízos doutrinários aquilatados acerca dos institutos do direito material e do direito processual que envolvem sobremaneira a decisão administrativa irregular que concedeu vantagem remuneratória ao servidor público.

Dessa maneira, tem-se que o primeiro capítulo versará sobre a relação de alguns princípios do Direito Administrativo, quais sejam, o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, o da Segurança Jurídica, o Princípio da Legalidade/Juridicidade e da Indisponibilidade do Interesse Público, correlacionando-os com a decisão administrativa irregular, com o intuito de apresentar como tais princípios proporcionam e incentivam a evolução do entendimento do ato administrativo decisório.

Já no segundo capítulo, serão exibidos os institutos de direito material – como a prescrição e a decadência -, bem como um instituto de direito processual, qual seja, a preclusão administrativa, relacionando-os com a decisão administrativa irregular, demonstrando ainda como eles podem tornar uma decisão – mesmo que irregular -, protegida pela segurança

³⁶ A pesquisa não deixará de levantar alguns dos instigantes debates sobre a ponderação de princípios constitucionais, essencialmente aqueles ligados ao direito público, haja vista que boa parte das decisões irregulares na área de pessoal são exatamente produzidas diante de fatos em que a letra da norma e a primazia da legalidade, embora sirvam como ponto de partida, não são suficientes para resolver o caso concreto.

jurídica, revelando ainda importantes impactos no alcance dos direitos dos servidores públicos, principalmente no que tange a aspectos relacionados à ocorrência de dano ao erário.

No curso do terceiro capítulo, o tema desenvolvido abrangerá importantes controles utilizados tanto pelo administrado quanto que pela própria Administração Pública, visando extirpar ou evitar a ocorrência de uma decisão administrativa irregular que dá origem a vantagens remuneratórias aos agentes públicos, chamando a atenção do leitor para a relevância desses instrumentos como incentivadores de produção de políticas públicas, seja pela economia de recursos, seja ainda pelas suas próprias produções simbólicas.

Ao fim, apresenta-se o quarto capítulo, que tem como ponto fulcral correlacionar a decisão administrativa produzida pelos tribunais de contas - quando do exame de legalidade para fins de registro de aposentadorias, reformas ou pensões-, com aquela entregue pelo gestor em momento normalmente bastante anterior, no âmbito da própria entidade pública, sendo que, ao final, mediante o arremate dos argumentos jurídicos levantados durante todo o trabalho, chegou-se à conclusão que não há razão para dar tratamento diferenciado a esses dois atos – mesmo que produzidos em momentos distintos-, no que diz respeito aos institutos de direito material e de direito processual apresentados no segundo capítulo dessa pesquisa.

CAPÍTULO I:

AS DECISÕES ADMINISTRATIVAS IRREGULARES E OS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO ADMINISTRATIVO: EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NOS ATOS DECISÓRIOS DA ADMINISTRAÇÃO

Decisões administrativas são tomadas, em regra, dentro de um processo ou procedimento administrativo, envolvendo uma relação jurídica entre as partes, em um conjunto de atos que devem respeitar as regras e os princípios do sistema no qual eles são produzidos, visando buscar integridade para a formação de paradigmas, os quais são elementos importantes da estabilização das decisões e das expectativas daqueles que vão litigar junto ao Estado ou perante a Administração Pública.

Os atos decisórios do Direito Público e, principalmente, do Direito Administrativo, possuem algumas especificidades e detalhes no interior deste campo epistemológico e, dentre essas eventuais distinções que os definem como um ato administrativo, cabe mencionar que eles devem ser produzidos em regência e observância a alguns princípios que informam esse ramo do Direito Público, principalmente por considerar a influência de preservação de um interesse público.

Desse modo, a título de início da pesquisa, determinados princípios relevantes para o presente trabalho não poderão deixar de aqui ser estudados, a exemplo do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, da Segurança Jurídica, da Legalidade, da Juridicidade e da Indisponibilidade do Interesse Público, estritamente sobre os aspectos que interessam para a solução do problema de pesquisa, com a intenção de fornecer a base para o raciocínio jurídico a ser desenvolvido.

1.1 Supremacia do interesse público, segurança jurídica e Princípio da Juridicidade: uma nova realidade se impõe junto às decisões administrativas

Não é possível deixar de ressaltar a presença da Administração Pública em nossas vidas, em alguns momentos da história mais perceptível, em fluxo de alterações e modificações do papel do Estado, ora estabelecendo regras de comportamento entre aqueles que se submetem as suas normas, ora avaliando o comportamento dos cidadãos e a devida subsunção do modo de

agir ao conjunto de leis e normas então fixadas, funcionando assim como um verdadeiro instrumento de pacificação das relações sociais.

Surge assim a necessidade de se definir o que é um interesse público, conceito que é razão de inúmeros debates na doutrina, principalmente quando se questiona sobre a legitimidade daqueles a quem é dado estabelecer quais interesses deverão ser escolhidos para estarem no rol de interesses da coletividade. Dificultoso ainda é dizer se existe alguma supremacia do interesse público sobre o privado, considerando que a defesa desse último, por vezes, também pode ser considerado um interesse público.

A exploração das informações desse primeiro capítulo será de importância ímpar para compreender as partes finais da pesquisa. Dessa maneira, deixa-se assente de início que as ponderações entre princípios são frequentemente exercidas pelo gestor da Administração Pública, principalmente quando um dos objetivos é evitar a emissão de uma decisão administrativa irregular, razão pela qual faz-se necessário estabelecer relações entre o interesse público e a defesa pela segurança jurídica, sob à luz de uma desejada integração do sistema jurídico.

1.1.1 O Princípio da Supremacia do Interesse Público em contraponto com os interesses dos administrados

O mundo e os seus diversos tecidos passam por constantes modificações, como aquelas que ocorrem da necessidade de uma alteração cultural ou social, brotando assim novos problemas e novos litígios que, inevitavelmente, deverão ser tratados pelas normas jurídicas. É de se ressaltar, logo de início, que “o estado de direito não comporta poderes absolutos³⁷”, mesmo que se leve em conta os aspectos geográficos em que uma população está inserida, haja vista que os diversos modos de se tratar o Direito naturalmente fazem com que surja as mais diferentes maneiras de oferecer uma solução para o caso concreto.

O formalismo jurídico consegue eliminar, em situações extremadas, os fatos que percebemos nas experiências da vida, adotando um referencial total em nome de uma agilidade para a aplicação do Direito³⁸. No entanto, alguns ramos do Direito Público estão sendo colocados em xeque, ou, ao menos, alguns de seus conceitos estão sendo questionados,

³⁷ DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo e segurança jurídica**. GERMANOS, Paulo André Jorge (coordenador), *In*: Segurança Jurídica: coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 2.

³⁸ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança Jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 49.

essencialmente porque estamos vivenciando uma nova fase de tratamento dos recursos públicos que, mesmo nas nações mais abastadas, sempre foram limitados, em razão de esse ser um verdadeiro princípio da economia, haja vista que nenhuma quantidade de recursos será capaz de saciar a vontade humana.

E, quanto ao Direito Administrativo, essas novas reflexões também estão presentes. Aos cidadãos, perante a dinâmica das relações sociais vivenciadas em nossos tempos, que impactam desde às relações de trabalho como também os serviços públicos prestados pelo Estado por meio de seus agentes públicos, pouco importa quem lhes entrega os bens públicos, mas sim a qualidade do produto que eles recebem, ou a resolução jurídica para as suas dificuldades. O operador do Direito deve estar atento para essas novas tendências, deve ele então procurar solucionar as situações fáticas com esse espírito de “dever analítico”³⁹.

Fez-se necessário dessa forma a aproximação do Direito Administrativo com o Direito Constitucional⁴⁰. Isso acontece porque, logo após a segunda guerra mundial, surgiram marcos normativos que elevaram as Constituições Federais como verdadeiras orientadoras de um Estado perseguidor do bem-estar social. E, ainda, originou-se logo em seguida o pós-positivismo, oferecendo as bases para o protagonismo da Constituição conhecido como *neoconstitucionalismo*, não tardando a atingir o Direito Administrativo⁴¹.

Sob essa nova perspectiva, aproveita-se para lembrar lição de Ronald Dworkin, que discorreu sobre a existência de princípios e regras. Dworkin registra que os princípios são uma razão para decidir em determinado sentido, embora nem sempre fixem determinações específicas para a sua aplicação⁴². Já as regras, essas informam a fórmula já muito manipulada pelo direito positivista, qual seja, o *tudo ou nada*⁴³. Ressalte-se, contudo, a relevância do caso concreto para a aplicação dos princípios como mandamento de otimização, haja vista que, diante da análise da situação fática, poderá então ser confrontados os princípios e as regras.

³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Para Céticos**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012, p. 61.

⁴⁰ Embora dogmaticamente sempre estivessem vinculados, agora exige-se efetivamente do Direito Administrativo total consonância com os princípios constantes da Carta Magna, procurando sempre a efetivação dos mesmos, não podendo uma decisão administrativa vir a ser tomada em distância do que se programou constitucionalmente.

⁴¹ DEZAN, Sandro Lúcio, CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Processo administrativo: Lei 9.784/99**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 72-73.

⁴² DWORKIN, Ronald. **Es el derecho un sistema de reglas? Versión Castellana de Javier Esquivel e Juan Rebolledo G. Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Nacional Autónoma de México**, 1977, p. 24.

⁴³ DEZAN, Sandro Lúcio, CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Processo administrativo: Lei 9.784/99**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 73.

A utilização de princípios como fundamento para uma decisão é, dessa forma, contemporaneamente essencial para a concretização de direitos. E, no âmbito do Direito Administrativo, essa prática não é diferente de outros ramos do Direito Público. A força do *neoconstitucionalismo* em nossos dias, cujo marco histórico se deu com a Carta Magna de 1988⁴⁴, orienta parte considerável das decisões tomadas no âmbito do Poder Judiciário, e, assim, os atores do Direito Administrativo não podem ou, pelo menos, não poderiam deixar de ponderar princípios que estão envolvidos no cerne do caso concreto a ser decidido por um gestor público específico⁴⁵. Faz-se então de suma relevância destacar que alguns princípios são sempre recorrentes em uma decisão administrativa produzida em um processo ou procedimento, ou, ao menos, permeiam e orientam o cérebro do administrador público quando este procura razões para bem decidir no campo do Direito Administrativo.

São inúmeros os princípios do Direito Administrativo - estejam eles explícitos na própria Constituição Federal, decorrentes desses que estão prescritos na nossa Carta Magna⁴⁶ ou constantes de leis esparsas, como a Lei 9.784/1999 -, ou, ainda, façam-se eles implícitos, como alguns ventilados pela doutrina. Todavia, como a investigação aqui percorrida irá enfrentar a estrutura da decisão administrativa irregular, com enfoque naquelas que são tomadas pelos gestores públicos no âmbito de processos que envolvem parcelas remuneratórias concedidas a servidores e agentes do Estado e a sua respectiva possibilidade de estabilização da mencionada decisão, é sem igual importância declarar, nesse momento, que os mais relevantes para o tema são o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, da Segurança Jurídica e o Princípio da Legalidade, ambos a serem tratados neste capítulo.

Quanto ao Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, de início, cabe ressaltar que muitos doutrinadores de relevo o defendem como verdadeiro axioma jurídico do Direito Administrativo, do qual as normas desse ramo do Direito Público deveriam observar desde o nascimento da lei como também diante de situações fáticas em que se pesam o interesse

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 409.

⁴⁵ Não cabe nesse trabalho aprofundar e detalhar as origens históricas do neoconstitucionalismo, haja vista que nos interessa aqui tomar como premissa a importância que o Direito Constitucional vem assumindo junto ao Direito Administrativo, mesmo que ainda com mais força no domínio do Poder Judiciário e, ainda que de forma mais singela, nas decisões adotadas dentro da própria Administração Pública, algo que iremos abordar com maior profundidade em outro momento dessa pesquisa.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 98.

público em face do interesse particular. Estaria assim esse princípio vinculado à salutar existência da sociedade⁴⁷.

É de se lembrar ainda que muitas normas empregam corriqueiramente o conceito de interesse público por ser este indeterminado⁴⁸. Todavia, sabe-se que os cidadãos são titulares de direito público subjetivo, extraído da teoria de mesmo nome, haja vista que existe uma esfera na qual o indivíduo possui ação inviolável, não podendo nela o Poder público penetrar⁴⁹. E, ainda que a própria Constituição Federal explicita diversas normas de Direito Público, e que algumas delas são postas na lei como prioritárias para a busca de um interesse geral, por vezes a Carta Magna também defende o interesse dos particulares, a exemplo da livre iniciativa.

E, considerando o acima mencionado, não se pode olvidar que as normas postas na Constituição Federal, a partir da experiência revelada na segunda metade do século XX, têm caráter normativo, e são assim estimadas como verdadeiras normas jurídicas, direcionadas a toda a sociedade, aos indivíduos e aos Poderes⁵⁰. Surge então os primeiros questionamentos sobre o denominado Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado: o designado princípio está devidamente positivado na norma constitucional ou infraconstitucional? Para além disso, esse é realmente um princípio do Direito Público e, conseqüentemente, do Direito Administrativo, e, sendo assim, vinculativo de toda a decisão administrativa?

Quanto à primeira pergunta, ressalte-se de início que não há um consenso na doutrina para definir o que é realmente um princípio⁵¹. E se não há na doutrina um acordo sobre o que realmente viria a ser um princípio, dificilmente, para os fins dessa pesquisa, poder-se-ia chegar a uma conclusão de que o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado está ou não positivado na Constituição ou em leis esparsas, haja vista que mesmo ainda não expresso

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 99.

⁴⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. **Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado**. Revista Española de Derecho Administrativo, n. 89, 1996, p. 71.

⁴⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 267.

⁵⁰ Conforme a autora, as normas constitucionais são imperativas e existem para serem realizadas e então colocadas à disposição de todos. BARCELLOS, Ana Paula de. **Normatividade dos Princípios e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988**. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2007, p. 5.

⁵¹ Humberto Ávila afirma que o termo “princípio” não é uniforme, sendo que isso, por si só, não é um verdadeiro problema. O problema reside então quando fenômenos que são totalmente distintos são explicados por meio da utilização de denominação equivalente. Ao termo princípio se atribui indistintamente não só a fenômenos pertencentes a planos ou ciências distintas, como também se passou a definir fenômenos distintos que estão um mesmo objeto de conhecimento. ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio do Interesse Público sobre o Particular”**. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 174.

na Carta Magna ou na legislação infraconstitucional, alguns diriam que tal princípio, se é que ele realmente existe, permaneceria de alguma forma inserido implicitamente em nosso sistema jurídico⁵². Assumindo maior relevância ainda, torna-se importante nesse momento indagar se tal princípio realmente rege as relações e os litígios que são travados no âmbito da Administração Pública; defende-se assim de maior importância para a investigação do tema, principalmente porque relevantes doutrinadores ainda apontam a sua acuidade, apresentá-lo como um verdadeiro protagonista⁵³.

A frequência de utilização de um princípio não faz um sistema jurídico ser ruim ou bom, mas sim a comodidade que ele oferece aos “especialistas e para os preguiçosos⁵⁴”. Inicialmente, é então de se destacar que, seja qual for o tratamento dado à eventual supremacia do interesse público sobre o privado, ora como princípio, ora como um juízo de ponderação, há uma necessidade de se buscar extrair o que realmente fez a doutrina do Direito Administrativo defini-lo como um orientador das decisões entre os particulares e o Estado, bem como utilizá-lo em larga frequência.

No cerne do conceito está, a bem da verdade, o interesse público. Gaston Jèze já preconizava que ao Direito Público assistem regras jurídicas especiais, acompanhadas de teorias jurídicas específicas, as quais devem indicar que o interesse particular sempre deverá ceder quando confrontado com o interesse geral⁵⁵. Por isso, abandona-se nesse momento o tortuoso debate se se trata de ser princípio ou não a supremacia do interesse público sobre o privado, e, conseqüentemente, aproveita-se para concentrar no interesse público – partindo do princípio de existir sim uma certa prevalência do interesse público sobre o privado, ainda que moderada em certas situações-, e suas implicações nas decisões administrativas. Nesse sentido, existem aqueles a defender que quando se está diante de um interesse unicamente particular ou

⁵² Dessa maneira, por não estar positivado nem na Constituição e nem em leis esparsas, poderia então se admitir que o denominado Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado não seria um princípio ou norma-princípio, isso porque, em uma avaliação das normas então positivadas, não se pode descobrir a existência de tal “princípio”, não tendo ele um objeto identificável.

⁵³ Luís Roberto Barroso ensina que o papel do Estado atualmente foi modificado, principalmente por ter sido redefinido por blocos econômicos e políticos, porém, não há qualquer sinalização de que ele não esteja por acabar ou que de alguma forma tenha uma missão de grau secundário. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 85.

⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Para Céticos**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012, p. 70.

⁵⁵ JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 4.

até mesmo de sentimento egoístico, que venha a se contrapor a um interesse coletivo e geral, entende-se que esse último deverá prevalecer⁵⁶.

A própria essência de um Estado organizado, conduz ao raciocínio de que se deve ir ao encontro de um interesse coletivo condizente com o sentimento de pacificação social e, consequentemente, tal interesse deve girar em volta de um bem ou de uma instância comum. Daí, surge o importante conceito, do qual emana o exercício por parte do Estado de uma função pública, que, para ser realizada, necessita que o aparato administrativo esteja dotado das ferramentas técnicas necessárias, o que, consequentemente, traduz-se em normas jurídicas⁵⁷.

Ademais, não é possível pensar o Estado Democrático de Direito, nos moldes propostos pela Constituição Federal de 1988, sem que todas as normas nela postas, mesmo as mais voltadas para o Direito Econômico, não tenham uma finalidade de promover o bem público. É necessário dirigir os olhos não só para a estrutura jurídica brasileira, possuidora de um Direito Público Administrativo fundamentado inicialmente em bases europeias, mas também considerar que o Brasil sempre possuiu problemas sociais graves, que a Carta de 88 buscou de certa forma estabelecer princípios para, ao longo do tempo, vencê-los ou, ao menos, amenizá-los. Aliás, promover o bem de todos é um comando que está explicitamente identificado no art. 3º, inciso IV da Carta Magna⁵⁸. E sabe-se que o Direito Constitucional e o Direito Administrativo que, a bem da verdade, sempre caminharam juntos e são de mesma origem, agora não mais podem ser dissociados totalmente um do outro.

A utilidade pública, de certa maneira, envolve o Direito Administrativo e, consequentemente, o ato ou a decisão administrativa possui essa manifestação de bem comum como uma noção detentora de distintas ramificações, sendo então a “razão e a medida de poderes e dos direitos das autoridades administrativas”⁵⁹, como bem ensinou André Hauriou.

⁵⁶ Daniel Wunder Hachem ensina que a supremacia do interesse público é um princípio constitucional, distintamente do que outros doutrinadores, como Humberto Ávila, contrapõe de certa forma. O determinado princípio teria a sua importância para solucionar litígios que envolvam o interesse público geral em contraponto àqueles que são puramente particulares ou egoísticos. HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 304.

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio do Interesse Público sobre o Particular”**. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 201.

⁵⁸ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2020.

⁵⁹ HAURIOU, André. **A utilização em Direito Administrativo das regras e princípios do direito privado**. Tradução de Paulo da Mata Machado. Revista do Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1945. f. I. fasc., p. 468.

Dessa forma, admitindo-se *lato sensu* que a defesa do interesse público visa, a bem da verdade, proteger o bem comum, indaga-se se essa busca pela finalidade de assegurar o interesse coletivo deverá estar sempre presente nas decisões administrativas, ou, pelo menos se realmente deveria nela estar contida. Essa decisão administrativa, como objeto aqui de pesquisa, é tomada com um ato administrativo, e, conseqüentemente, como um ato jurídico, dirigido especificamente para a utilidade pública, cujo sujeito último é próprio Estado⁶⁰.

A decisão administrativa nem sempre é tão simples de ser tomada. Devido a isso, muitos administradores públicos preferem adotar uma postura legalista, atrelada simplesmente ao comando da norma e, nas situações em que não há previsão legal, preferem negar o pedido do administrado ou indeferir um recurso, ou ainda, de modo mais grave e infrator do sistema jurídico capitaneado pela Constituição Federal, deixar de decidir o litígio levado pelo cidadão até a Administração Pública.

Esse comportamento, como quer alguns doutrinadores, parece ser contraditório, considerando que a origem do Direito Administrativo esteve atrelada principalmente a necessidade de estabelecer um poder oposto à centralização de forças contidas na mão do monarca, com o intuito de fornecer uma verdadeira fronteira ao seu poder, garantindo direitos aos cidadãos, desconcentrando forças existentes quando da formação desse ramo do direito público, mediante a atribuição de faculdades exclusivas a alguns corpos estatais⁶¹.

Não cabe ao gestor público simplesmente ignorar os argumentos que fundamentam a petição do administrado, a pretexto de cumprir somente a lei em sentido estrito. Verdade ainda que a argumentação do administrado, do ponto de vista da argumentação jurídica, caminha naturalmente algumas vezes para afora da lógica do Direito, em que expõe argumentos sociais, culturais e econômicos, isso porque, como bem ensinou Manuel Atienza, a “argumentação jurídica vai além da lógica jurídica”⁶², o que faz com que a análise de tais ponderações requeira cuidado técnico-jurídico.

⁶⁰ LIMA, Ruy Cirne. **Direito Administrativo e Direito Privado. Ato administrativo e ato jurídico privado. Domínio público e propriedade privada.** Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1951. v. 26. p.25.

⁶¹ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução.** 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 14.

⁶² ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica.** Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. Ed., São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda. Madri/España: Centro de Estudios Constitucionales. 2003, p. 40.

Cabe ainda destacar que, no Direito Administrativo brasileiro, o administrado tem o direito de receber uma resposta da Administração, no que tange ao seu pedido a ela dirigido e, conseqüentemente, o Estado tem o dever de entregar uma decisão ao cidadão que lhe dirigiu um questionamento, conforme consta do art. 48 da Lei 9.784/1999, dispositivo que prescreve ainda um importante elemento desse ato administrativo: a decisão da Administração que se posiciona sobre o pedido terá de ser emitida de forma explícita nos processos administrativos⁶³.

O universo administrativo real é bem mais tortuoso do que poderia se esperar de uma situação desejável: não raras as vezes que o administrado entrega um pedido à Administração, do qual tem direito líquido e certo, e esta, pelas mais diversas razões, não se pronuncia em um prazo razoável para atender tempestivamente à demanda do cidadão. Ora, a fixação dos prazos, além de ter como objetivo a regularidade do processo, impede a sua procrastinação⁶⁴. A exemplo, cita-se o requerimento de aposentadorias e pensões junto ao Regime Geral de Previdência Social brasileiro, cuja resposta ao particular do direito sabe-se que, em muitas ocasiões, excede em muito um prazo normalmente esperado.

Reside aqui um outro questionamento quanto aos prazos constantes da lei de processo administrativo federal: há nessa norma um prazo estabelecido para que o parecerista da Administração Pública conclua a sua instrução, para que não venha a prejudicar o direito do administrado, haja vista que, quando o ato decisório for produzido, pode ser que ele não mais produza o efeito desejado em razão do largo passar do tempo? Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari defendem que os prazos estão traçados nos artigos 24 e 49 da Lei 9.784/1999, ou seja, os atos do órgão ou autoridade responsável pelos processos devem ser elaborados em cinco dias, se outro prazo específico legal não estiver prescrito, e, ainda, ao término da instrução, a autoridade tem 30 dias para decidir⁶⁵. No entanto, o leitor mais atento percebe que a Lei 9.784/1999 estabelece, em seu art. 29, um prazo para os atos do processo e não especificamente para a conclusão de todo o processo, ou, sendo ainda mais específico, para a conclusão da

⁶³ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/leis/L9784.htm>>. Acesso em: 19 jul. 2020.

⁶⁴ CARVALHO, Anísio Astério Contreiras de. **Estatuto dos funcionários públicos interpretado**. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 231-232.

⁶⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 39.

instrução. Sem dúvida, isso faz com que alguns processos administrativos durem para muito além do esperado⁶⁶.

Essa demora em decidir é uma das razões que levou ao Direito Administrativo português a considerar que, quando do alongamento da Administração em oferecer a solução, o administrado teria ao seu favor o “indeferimento tácito”, para que assim pudesse levar o seu caso ao julgamento de um tribunal⁶⁷. Nas normas brasileiras, não se conhece instituto assemelhado à decisão administrativa tácita negativa mencionada o que, infelizmente, não impede o desapontamento do administrado em face da grande demora na apreciação de alguns atos administrativos. Os agentes ou autoridades com poder de decisão devem utilizar-se do binômio “regras e princípios⁶⁸”, haja vista que ao não decidir ou decidir com fulcro nesse “indeferimento tácito”, em face do arcabouço jurídico de que dispõe o administrador, afrontaria o sistema jurídico⁶⁹.

Conclui-se dessa forma por se considerar o interesse público como aquele que não só pretende proteger ou atender a finalidade de interesse geral⁷⁰, mas, também como aquele que busca resguardar direitos particulares protegidos pela norma - a exemplo do direito que o administrado tem de o gestor decidir sobre o seu pleito -, e, ainda, como aquele vinculado a uma ordem jurídica constitucionalizada⁷¹; pode-se então concluir que a desobediência a esse dever de decidir da Administração desrespeita a norma-princípio conhecida e defendida por

⁶⁶ Todos que lidam na Administração Pública sabe ou deveriam saber que, a depender do processo administrativo, a conclusão da instrução pode demorar até mesmo anos, o que, sem sombra de dúvidas, ajuda a perpetuar decisões irregulares junto ao serviço público, as quais provocam situações jurídicas até mesmo esdrúxulas, quando se leva em conta as atribuições dos tribunais de contas no Brasil, a exemplo do que aqui se quer elucidar, como os impactos que deveriam ser considerados nas decisões administrativas dos gestores, diante das características constitucionais que tem o ato emitido pelas cortes de contas quando apreciam a legalidade, para fins de registro, dos atos de reforma, aposentadoria e pensão.

⁶⁷ Diogo Freitas do Amaral leciona que, em face de a Administração demorar para decidir, um instrumento inicialmente relevante para o administrado consistia na decisão tácita negativa, ou seja, diante do alongamento em decidir, considera-se que o ato foi presumidamente indeferido, para que só assim o administrado tenha em seu poder a faculdade de levar o seu caso para que um tribunal viesse a impugná-lo. AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. II. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2016, p. 300-301.

⁶⁸ DEZAN, Sandro Lúcio; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto; GUIMARÃES, Jader Ferreira. **A administração pública concretista de direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 2.

⁶⁹ Além disso, diante do dever de decidir prescrito na Lei 9.784/1999, entende-se que qualquer lei que defenda o “indeferimento tácito” iria de encontro não só a esse normativo, mas contra o nosso sistema jurídico como um todo e, ainda mais relevante para os fins que aqui se propõe, infringiria a defesa do interesse público, à luz da Constituição Federal.

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes, BURLE FILHO, Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 113.

⁷¹ NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011; e SUNDFELD, Carlos Ari. **O processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 4.

alguns como supremacia do interesse público sobre o privado e, para fins desse trabalho, infringe o interesse público constitucional.

Ainda sob o aspecto constitucional, o dever de decidir está contido no já festejado direito de petição que, conseqüentemente, também consiste na obrigação de decidir, mesmo que a Administração tenha a prática de, por vezes, não deliberar ou exceder em prazo razoável para deliberar. Não se pode mais admitir o elemento de separação entre função jurisdicional e função administrativa que defende a obrigatoriedade de decidir apenas àquela primeira⁷². No processo administrativo, como bem agora positivado, a Administração tem o dever legal e constitucional de decidir.

O interesse público, em uma roupagem anterior conhecido como Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado como quer alguns, exerce uma força perpendicular entre dois objetos na decisão administrativa: ora diante da necessidade de proteção a interesses gerais, em face daqueles que são reconhecidos imediatamente como interesses particulares; ora protegendo interesses individuais que estão sob o manto do direito positivado ou protegidos pela Constituição Federal, e, por assim dizer, também públicos. Nos dois casos mencionados, a fim de se evitar a produção de uma decisão administrativa irregular, é necessário para resolver o caso concreto a aplicação de métodos jurídicos para a solução do litígio, a exemplo da técnica jurídica de subsunção e ponderação, mediante a utilização de uma estrutura formal e um conjunto de premissas, como o intuito de obter um resultado legal⁷³.

1.1.2 O problema da Segurança Jurídica em decisões irregulares: possibilidade de manutenção da decisão administrativa irregular

Vive-se um tempo de pujantes debates envolvendo o Direito, principalmente em razão do inter-relacionamento dessa ciência com os outros ramos do conhecimento, e, considerando essa ciência como um sistema social, ou melhor, um subsistema do sistema sociedade⁷⁴, que possui correlações com os outros sistemas, outros assuntos pertencentes a um código específico acabam se entrelaçando com temas referentes ao sistema do Direito, por vezes influenciando as decisões jurídicas ou administrativas que são produzidas.

⁷² MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

⁷³ ALEXY, Robert. **Sobre la ponderación y subsunción**. Una comparación estructural. In Foro Jurídico; Núm. 09 (2009); 40-48; 2414-1720; Castilian.

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **El derecho como sistema social**. In: DIEZ, Carlos Cómez-Jara (Ed.). Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005. p. 70.

Com o Direito Público não é diferente, e, de maneira mais específica ainda, com o Direito Administrativo isso se torna mais perceptível se comparado aos outros ramos, principalmente em razão da forte influência que o Direito Constitucional agora assume naquele ramo da ciência jurídica – embora nele sempre estivesse contido-, considerando que às decisões no âmbito da Administração não mais se admite que lhes sejam atribuídas formas deslocadas dos princípios extraídos da Carta Magna.

Assim, afeiçoado a outros ramos da ciência está o debate sobre segurança jurídica, aqui tomado por meio da análise da possibilidade de ser considerada ou não um princípio jurídico do Direito Administrativo, e deixá-lo passar despercebido – considerando estar tão presente em discussões que abarcam as ciências sociais-, induz ao erro de abandonar a exploração sobre o seu alcance e efeitos na decisão administrativa antijurídica. O fato de este princípio alcançar desprestígio em momento anterior na doutrina se dá, principalmente, pelo fato de ele não ter “sido incluído nos livros de Direito Administrativo entre os princípios da Administração Pública”⁷⁵.

A segurança jurídica, sem dúvida, está inversamente relacionada ao ato emanado de autoridade administrativa, quando o conteúdo deste transborda de autoritarismo: quanto menor a atuação do Direito dirigida à proteção de situações já consolidadas, mais impositivo e unilateral é a decisão ou ato administrativo produzido pela autoridade, com fundamento em regras desafiadoras do direito adquirido. A intenção da segurança jurídica tem assim finalidade semelhante à legalidade, qual seja, a de limitar o poder estatal, haja vista que teria nascido exatamente da tentativa da burguesia “em garantir segurança em suas relações jurídicas”⁷⁶.

No entanto, atos administrativos com essas feições autoritárias são adotados com certa frequência, em nome de assegurar – algumas vezes com o devido amparo jurídico - , uma proteção à indisponibilidade do interesse público, principalmente naquelas situações em que o administrador público vale-se da questionada discricionariedade administrativa, quando então

⁷⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que o Princípio da Segurança Jurídica foi inserido entre os princípios da Administração mediante o art. 2º, caput, da Lei 9.784/99, sendo que o principal motivo da inclusão desse dispositivo foi o de proibir a aplicação de maneira retroativa de novel interpretação de norma no campo da Administração Pública. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p. 112.

⁷⁶ CHICOSKI, Davi. **A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico**. Revista Digital de Direito Administrativo. Vol. 3, n. 1, 2016, p. 258.

permitida em lei, haja vista que “não há, pois, discricionariedade à margem da lei, senão justamente só em virtude da lei e na medida em que a lei tenha disposta”⁷⁷.

Nessa ocasião, cabe então retomar o já expresso na introdução dessa pesquisa, para então delimitar o tipo de decisão administrativa com a qual se propõe trabalhar, merecendo esse enfoque na decisão administrativa responsável por conceder vantagens aos servidores e agentes públicos⁷⁸, haja vista que esse respectivo ato deve estar previsto em lei para que produza efeitos remuneratórios a tais agentes, conforme se depreende do disposto no “caput” do art. 41 da Lei 8.112/1990⁷⁹, esquivando-se assim, em parte, da discricionariedade administrativa acima mencionada, que, se considerada como uma noção jurídica indeterminada, abre-se relevante espaço para a interpretação⁸⁰.

Relevante mencionar que a segurança jurídica não pode ser atingida se tiver a meta única de dotar de previsibilidade toda a ação humana⁸¹, mas é dever do operador do Direito buscar um núcleo conceitual para o princípio que dela surge, considerando ser ele essencial para a delimitação dos efeitos no ato decisório da Administração Pública, principalmente quando se tem a intenção de considerar as duas dimensões de sua influência: ora junto ao gestor público, ora com efeitos na própria gestão da Administração. Aliás, essa última não é uma tarefa fácil, como a seguir apontado.

É assim a segurança jurídica muito evocada em nossos dias a favor do administrado, mas não se pode olvidar que cabe a esta, em um maior tom de visão, garantir em um segundo momento a segurança jurídica do próprio cidadão. Depreende-se assim ao se considerar que a atividade essencial da Administração ou dos serviços públicos é aquela pela qual as mais distintas autoridades públicas promovem a contento aquelas máximas necessidades de desejo

⁷⁷ ENTERRIA, Eduardo Garcia de, FERNANDES, Tomas Ramon. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1990, p. 390.

⁷⁸ Saliente-se que a decisão ou ato administrativo que dá origem a uma determinada parcela de proventos ou de vencimentos na atividade deve então ser originada de lei ou norma equivalente a essa, a exemplo de medidas provisórias. Observe-se também que, diminuída a discricionariedade administrativa, o sistema processual então utilizado para produzir resta, de certa forma, abraçado por uma proteção, considerando que a norma concessora de parcela ou de vantagem ao agente público, de iniciativa do respectivo Poder então interessado para reajustar o plano de carreira dos seus servidores, passará ainda pelo crivo do Poder Legislativo, fornecendo, a princípio, contornos de segurança jurídica.

⁷⁹ BRASIL. LEI Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 03 mar. 2020.

⁸⁰ MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo alemão**. (Vinculação à Lei, Poder Discricionário e Conceitos Jurídicos Indeterminados). São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 45.

⁸¹ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança Jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 53.

da coletividade⁸², podendo ainda, diante da situação, utilizarem-se de suas prerrogativas do poder público.

Saliente-se também que a decisão administrativa é fruto de um processo igualmente administrativo. Tomando a ato administrativo decisório sob a roupagem de um ato único e cronologicamente estático, é de certo modo intrincado imaginar que ele foi decorrente de uma outra série de atos, os quais, de maneira não muito rara, originaram-se de instrumentos irregulares, ilegais ou indevidos e, conseqüentemente, podem ter produzido uma decisão administrativa irregular.

Ademais, cabe destacar que, além dos atos mencionados que resultaram na formação da decisão daquela Administração Pública, é de se recordar que essa decisão, em boa parte das vezes, também será executada pelo próprio gestor público. Então, é de se notar ao mínimo dois momentos bens distintos a envolver os efeitos da decisão administrativa: aquele que corresponde à conclusão de um conjunto de intervenções ou de atos pelos quais o gestor cria uma decisão e, por último, aquele momento no qual ele a executa⁸³.

No chão do Direito Administrativo existem essas duas partes que litigam e são sujeitas de direitos, quais sejam, os administrados e, de outra banda, as mais diferentes pessoas jurídicas da administração⁸⁴. Note-se ainda que no âmbito do Direito Administrativo, ou melhor então, no campo do processo administrativo, os dois momentos – decisão e execução -, não são muito bem distinguíveis por esses administrados ou, melhor, por aquele que busca por parte do gestor público a entrega do objeto em discussão no processo. Essa percepção é originada pelo fato de que a própria Administração – a outra parte -, dá início ao cumprimento de sua decisão, enquanto que, no domínio do processo civil, a execução, de regra, não é iniciada de ofício por parte do Poder Judiciário.

Tomando assim essa divisão da decisão administrativa, sob o aspecto procedimental, vinculando a situação de ligação entre caracteres jurídicos substantivos adeptos ao pedido e o próprio processo administrativo⁸⁵, parte-se para analisar então, em um primeiro momento, os

⁸² RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina. 1981. p. 18.

⁸³ MENEGALE, José Guimarães. **Contribuição à teoria do processo administrativo**. Revista de Direito Administrativo RDA. 1945. v. 2, n. 2, p. 471.

⁸⁴ HAURIOU, André. **A utilização em Direito Administrativo das regras e princípios do direito privado**. Tradução de Paulo da Mata Machado. Revista do Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1945. f. I. fasc., p. 466.

⁸⁵ ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A teoria do acto e a justiça administrativa: o novo contrato natural**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 36.

atos individuais cujo conjunto deles contribuiu para a formação do ato administrativo decisório. Desse modo, um ato, então formado em respeito aos preceitos jurídicos aceitos, não mais poderia ser alcançado – em regra-, estando apto para produzir os seus efeitos pelo prazo que deva vigor, principalmente aqueles patrimoniais. Essa necessidade, no âmbito do Direito, surge exatamente de um dos desejos principais dos seres humanos, qual seja, conquistar uma razoável segurança ou estabilidade de sua própria existência, sendo um verdadeiro núcleo do ser.⁸⁶

Nesse primeiro momento, logo se desperta para um possível questionamento: o Princípio da Legalidade – ou da Juridicidade -, por meio do qual a decisão administrativa legal mas eventualmente irregular foi autorizada, está em confronto com o Princípio da Segurança Jurídica, responsável por pretender tornar estável esse ato ilegal? Ou melhor colocado: é possível perceber um antagonismo entre esses dois princípios, os quais não poderiam coexistir em uma situação concreta?

Refletindo no Princípio da Legalidade como aquele em que a administração pública apenas poderá fazer o que estiver previsto na lei, e que mesmo o Poder Judiciário estaria limitado a verificar se o ato administrativo está em conformidade com o Direito em vigor, em estrita concordância com a legalidade⁸⁷, poderia inferir-se então, em uma análise singela e despropositada, que ao administrador não é dada qualquer discricionariedade para ponderar o que se deve decidir, a não ser que a lei venha a oferecer alguma margem de discricionariedade para a sua atuação no caso em estudo, e, assim, escolher diante de mais opções para satisfazer o litígio⁸⁸.

No entanto, como já mencionado em outra oportunidade, o Princípio da Legalidade não é mais desejado sob à luz da legalidade estrita, sendo que o nosso sistema jurídico já prevê, há algum tempo, no campo do direito processual administrativo⁸⁹, o dever de se comportar não

⁸⁶ Ensinam Sérgio Ferraz e Abreu Dallari que, embora se busque a segurança jurídica, como um elemento de existência do próprio ou de sua composição, essa segurança evocada não se traduz em uma imutabilidade, haja vista que as relações são dinâmicas e impõe constante e reformulações para se amoldar à realidade. FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 116.

⁸⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Princípio da Legalidade e Desvio de Poder**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial, dez. 2013, p. 149.

⁸⁸ Admitindo em um primeiro momento que o conceito acima estivesse correto, desperta-se para uma aparente contraposição entre esses dois princípios para os fins desse trabalho, tendo em vista que a decisão irregular foi construída em algum momento com vício de legalidade e, mesmo assim, o Princípio da segurança induz que o ato, ainda que ilegal, deverá ser preservado, em nome da busca pela pacificação social.

⁸⁹ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 08 mar. 2020.

somente de acordo com o que dispõe a norma, mas também ao Direito, e, ainda que haja resistência na praxe administrativa, a realidade atual não admite negar uma interpretação sistêmica para a solução do caso concreto, tendo como ponto de partida a lei⁹⁰, sob à luz da Constituição Federal.

Sob esse aspecto, a segurança jurídica, a ser conquistada pelo ato administrativo, agora adentra em um domínio de maior complexidade, muitas vezes externada em face da dificuldade enfrentada pelas próprias Cortes superiores, que, para alguns, desservem a esse princípio⁹¹. Considerando então que a decisão administrativa terá de percorrer um caminho sistêmico para então ser considerada legal, ou melhor ainda, ser estimada de acordo com o sistema jurídico-constitucional, e, tendo como assim considerada escoreita, consequentemente estará então estabilizada para produzir os seus efeitos, até sejam exauridos os motivos pelos quais ela se originou.

Em muitas ocasiões, como já salientado, “a lei não tem como prefigurar o modo exato de, no caso concreto, dar as soluções adequadas aos interesses públicos⁹²” e percorrer todo esse caminho, dentro da juridicidade⁹³, não é tarefa das mais singelas, principalmente em razão de que muitas dessas decisões administrativas que concedem parcelas aos agentes públicos são, por vezes, compostas de muitos atos, cada qual com suas particularidades, a exemplo de formalidades específicas, requisitos legais e prazos para concluí-los. Além disso, muitos deles dependem de provas, a exemplo da Certidão de Tempo de Contribuição para fins de averbação de tempo de contribuição e, não é demais lembrar, que todas essas provas devem ser legalmente obtidas, considerando que no Direito Administrativo também há o princípio processual de que não se admite provas ilegalmente alcançadas⁹⁴.

Saliente-se que as palavras e frases que compõem a petição ou um recurso administrativo nem sempre retratam com fidelidade o pensamento e o desejo do administrado.

⁹⁰ CHICOSKI, Davi. **A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico**. Revista Digital de Direito Administrativo. Vol. 3, n. 1, 2016, p. 265.

⁹¹ NAVARRA COELHO, Sacha Calmon. **Segurança Jurídica e Mutações Legais**. Disponível em: <<https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Seguranca-Juridica-e-Mutacoes-Legais.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2020. p. 14.

⁹² SUNFELD, Carlos Ari. **Ato Administrativo Inválido**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1990 (Biblioteca de estudos de Direito Administrativo v. 18), p. 32.

⁹³ Ademais, deve-se levar em consideração que os inúmeros pedidos dirigidos à Administração serão analisados por servidores designados ou competentes para tanto, que então vão avaliar não somente o direito material, mas também o preenchimento de requisitos formais em cada petição ou em um recurso, ou seja: esses servidores serão os primeiros intérpretes da lei e do direito aplicados ao caso concreto.

⁹⁴ GORDILLO, Agustín A. **Tratado de derecho administrativo, 2. tomo: La Defensa Del Usuario Y Del Administrado**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo. 2003. p. I-16.

Nesse momento, pode-se então propor um raciocínio sobre a correlação entre o pensamento abstrato e a forma pela qual ele é exteriorizado⁹⁵, ou seja, nem sempre a forma pela qual o administrado exterioriza o seu desejo vai ser bem compreendida por quem vai analisá-lo. Considerando que a decisão administrativa é então o resultado de vários atos procedimentais, cada um desses atos podem então, em razão de um vício específico e pontual, resultar na irregularidade da decisão final, sendo que, como já se alertou, esse descompasso, ao arrepio da lei, pode ser provocado tanto pela Administração quanto que pelo interessado, necessitando que o Princípio da Segurança Jurídica também seja observado de vários ângulos e de forma fluida e dinâmica, em razão das várias fases que compõem o processo, com o intuito de garantir o exercício da justiça, sem a necessidade de utilização das próprias mãos para resolver o litígio⁹⁶.

Quanto ao ato que é praticado pela própria administração de modo irregular, indo de encontro ao interesse do administrado, esse é aquele que se apresenta mais bem protegido pelo sistema jurídico, e, conseqüentemente, é o mais conhecido no campo do Direito Administrativo, e de longe é o mais acionado tanto administrativamente quanto que judicialmente. Isso se constata em razão de a Administração, presa à aplicação da legalidade estrita e, ainda, com receio de se despir de um possível interesse público, eventualmente agride o servidor, um agente administrado ou a própria Administração com a espada do Princípio da Legalidade estrita. No entanto, como já brevemente apresentado, “não goza de prestígio em nossos dias a corrente de pensamento segundo a qual o Princípio da Segurança Jurídica estaria em permanente conflito com o Princípio da Legalidade⁹⁷”, haja vista que os casos que dão origem à estabilidade de uma decisão irregular normalmente decorrem do tempo e estão previstos em lei – como no disposto no art. 54 da Lei 9.784/1999-, ou, quando surgem de uma jurisprudência, esta se utilizou de uma lei, a exemplo da recente decisão do Supremo Tribunal Federal que fixou o prazo decadencial de cinco anos para que o Tribunal de Contas da União aprecie a legalidade,

⁹⁵ Luciano Ferraz explica que é a forma que amolda o pensamento, com o intuito de que este, com maior ou menor grau, seja então reconhecido por terceiros. NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011; e FERRAZ, Luciano. Segurança jurídica positivada na Lei Federal nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011. p.102.

⁹⁶ Nesse sentido, Carmem Lúcia leciona que o “processo é o instrumento que garante ao homem que a justiça pelas próprias mãos não precisa ser feita”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo FGV, Rio de Janeiro, 209, jul/set, 1997, p. 6.

⁹⁷ FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 116.

para fins de registro, dos atos de aposentadoria, reforma e pensão, a contar do seu ingresso no TCU⁹⁸.

Em outro capítulo dessa pesquisa, o assunto será novamente retomado, para então ser averiguado sobre outro enfoque, principalmente sobre a verdadeira natureza do prazo mencionado, ou seja, se decadencial ou não, mas, por enquanto, basta ressaltar que a fixação da tese do STF acima exposta se utilizou do prazo legal decadencial para então submeter a Corte de Contas da União ao limite quinquenal para realizar o julgamento do ato⁹⁹. Observa-se, então, que segurança jurídica e legalidade, por vezes, são complementares e não excludentes.

Ocorre assim dessa forma porque o sistema jurídico – interpretado pelas Cortes Superiores –, optou por buscar preservar a decisão administrativa eivada de vício, principalmente porque o ato praticado à época pelo Estado a princípio se presume legal – despertando a confiança legítima no administrado –, embora tal presunção não seja absoluta, mas sim *iuris tantum*. O ponto fulcral que aqui se destaca é no sentido de concluir que a situação fática deve ser decidida pelo gestor de acordo com a lei e o direito – conforme indica a norma processual administrativa federal¹⁰⁰ –, e a segurança jurídica, indubitavelmente, neste último está contida.

Essa forma de garantia ao administrado é de simples compreensão quando se coloca em luz os casos concretos que são entregues ao conhecimento do gestor público, exigindo deste a sua atuação e manifestação. Ademais, a ordenação de garantia de direitos, bem como de segurança de interesses autênticos dos particulares é um dos essenciais pontos do Direito Administrativo¹⁰¹. Passado o prazo para que a Administração movimente a máquina administrativa para tentar reaver em desfavor do administrado o eventual prejuízo ao erário, cai então o direito, em nome da segurança jurídica. Assim, decadência “no campo jurídico, indica a queda ou perecimento de direito pelo decurso do prazo fixado para o seu exercício, sem que

⁹⁸ Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 636553**. Relator: Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 19 fev. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

⁹⁹ Conforme o caso supracitado, mesmo que o ato administrativo de aposentadoria, reforma ou pensão tenha sido produzido no âmbito da Administração Pública com alguma irregularidade ou qualquer outra afronta ao sistema jurídico, após cinco anos da entrada do ato no Tribunal de Contas da União sem que tal decisão tenha sido julgada, ela será registrada tacitamente, visando alcançar estabilidade futura em nome da aplicação de um prazo decadencial após esse registro tácito, em nome do Princípio da Segurança Jurídica.

¹⁰⁰ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 11 mar. 2020.

¹⁰¹ CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 476

o titular o tivesse exercido¹⁰²”. A dificuldade reside em saber o que realmente decai, ou o que realmente prescreve.

Nesse momento, aproveita-se para retomar a decisão do STF já acima mencionada e que alcança ao TCU. Esta decisão desperta a atenção principalmente sob dois prismas, com reflexos no âmbito do Direito. Primeiro, porque se foi necessário a Corte Constitucional ter de se manifestar no sentido de que ao TCU caberá observar o prazo quinquenal para apreciar, para fins de registro, o ato de aposentadoria, reforma e pensão, é porque a missão da Corte de Contas da União e, por consequência, a missão dos demais tribunais de contas, poderia possuir alguma distinção daquela inicialmente exercida pelo gestor, em momento anterior a sua entrega ao controle externo.

Já o segundo aspecto, que também é decorrente do primeiro, revela nesse momento o cerne da pesquisa, porque busca o motivo pelo qual até que ponto o ato produzido pelos tribunais de contas, no que tange à apreciação para fins de registro, seria realmente distinto da decisão administrativa que deu origem à aposentadoria, reforma e pensão, então lançado inicialmente pelo gestor da Administração Pública, essencialmente quanto à possibilidade de alcançar as parcelas e vantagens pagas de modo irregular aos inativos.

A busca por um motivo baseia-se essencialmente na natureza jurídica do ato administrativo. Essa natureza da decisão amplia o olhar do controle a ser desempenhado sobre a decisão administrativa irregular, isso porque, a depender de sua natureza – se composto ou complexo¹⁰³, a forma de atuação do controle externo dos tribunais de contas poderia apresentar alguma distinção, e, conseqüentemente, o alcance da segurança jurídica seria de igual modo diferente, tendo em vista que a confiança legítima que dela decorre é um instrumento a ser não somente observado pela Administração em favor do administrado, mas também em benefício do próprio erário.

Nesse sentido, mesmo que o servidor tenha uma vantagem legalmente prevista a ser cobrada da Administração, se o seu pedido for dirigido de forma extemporânea, para além do prazo da norma, as prestações que lhe são devidas irão prescrever, em razão do que consta no

¹⁰² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral vol. 1**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 595.

¹⁰³ Luiz Henrique Lima chama a atenção que na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o ato originador de uma aposentação é um ato administrativo complexo, e, assim, somente irá se aperfeiçoar após o registro pelo Tribunal de Contas, conforme MS 19.973-DF, de relatoria do Ministro Bilac Pinto. LIMA, Luiz Henrique. E-book. **Teoria e jurisprudência para os tribunais de contas**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 97.

art. 1º do Decreto nº 20.910/1932¹⁰⁴, que estabelece o prazo prescricional em desfavor da Administração Pública. Essa então é também uma das faces do Princípio da Segurança Jurídica, mas agora sob o ângulo do Estado administrador, que deverá observá-la, principalmente em nome da indisponibilidade do interesse público, por meio do qual se proíbe ao gestor do erário, investido de autoridade, não tomar as medidas necessárias importantes à observância do interesse público¹⁰⁵. É evidente que, com fulcro no presente, ao Estado também lhe assiste fazer uso do sistema jurídico para fazer o seu planejamento. O homem “radica sua existência no futuro¹⁰⁶”, e, quanto a isso, ao Estado não cabe ser diferente. Os efeitos do tempo e a subsequente incidência sobre a decisão administrativa irregular serão melhor abordados em outra oportunidade nessa pesquisa. Por agora, a explicitação inicial já revelou a aproximação entre os Princípios da Segurança Jurídica e o da Legalidade, sendo que esse último passa a ser tratado a partir de agora, sob à luz da juridicidade.

1.1.3 Contornos sobre a aplicação do Princípio da Juridicidade nas decisões administrativas irregulares

O Estado nasce da necessidade do desejo de todos aqueles que compõem a coletividade de se organizarem e então usufruírem dos benefícios de um trabalho em concerto, que é capaz de elaborar os mais diversos tipos de objetos necessários à sobrevivência humana, ou utilidades que são essenciais para a manutenção da pacificação de seus residentes, a exemplo dos serviços públicos de saúde, segurança e educação. Essas utilidades estão correlacionadas à progressão dos direitos dos homens, cujo elenco evolui durante os séculos e “continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.¹⁰⁷”.

A dificuldade básica que se apresenta está relacionada à inúmera quantidade de desordens que a Administração contemporânea tem de solucionar, sopesando que, embora esse número de problemas no início dos Estados Constitucionais fosse bem menor e menos expressivo, em face da quantidade reduzida de serviços prestados pelas nações de séculos

¹⁰⁴ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 20.912, de 6 de janeiro de 1932. **Regula a prescrição quinquenal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>. Acesso em: 03 mar. 2020.

¹⁰⁵ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo moderno**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 143.

¹⁰⁶ VALIM, Rafael. **O princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 92.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.13.

passados - principalmente por volta do século XIX, quando começou a ser melhor sistematizado -, não se pode admitir que a evolução do Direito Administrativo possua um sentido somente linear, haja vista que a sua progressão proporciona, a bem da verdade, “avanços e retrocessos e em qualquer caso não começou no século XIX¹⁰⁸”.

E, diante de todos os percalços enfrentados na evolução do Direito Administrativo, necessário se faz questionar nesse momento: a quem caberia organizar essas utilidades e serviços a serem fornecidos pelo Estado aos seus conacionais? Inicialmente, considerando toda a nossa experiência já acumulada como sociedade e a percepção de organização administrativa, tão exposta em nossos tempos pela mídia influenciadora da política, da cultura e formadora de opinião¹⁰⁹, a resposta não pereceria diante da singela constatação: caberia ao Poder Executivo¹¹⁰.

No entanto, em análise não perfunctória, mas sim histórica do Direito Administrativo, logo irá se perceber que a constatação acima não deve ser tão simplória quanto nos apresenta em um primeiro encontro. Afinal, todos que exercem a função administrativa evidentemente praticam atos administrativos¹¹¹. Na França, por exemplo, que foi a inspiração para a sistematização do Direito Administrativo em muitos países, nota-se que, a contrassenso do que poder-se-ia imaginar, as situações fáticas que eram entregues ao Conselho de Estado verdadeiramente ajudaram a moldar o Direito Administrativo naquele país, até mesmo porque, diante da inexistência de leis e de regras administrativas para disciplinarem essas situações, as leis e os códigos do direito privado eram então importados para que fossem aplicados aos casos concretos sem solução¹¹².

¹⁰⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1993, p. 52.

¹⁰⁹ A opinião pública, para Giovanni Sartori, é algo que se apresenta para o coletivo como uma verdade, algo quase que inato, a exemplo das “ideias de Platão”. As opiniões se concentram em opiniões generalizadas, e também é pública porque abrange uma natureza carregada dessa qualidade, bem como de interesse geral, a exemplo das dificuldades da coletividade. Dessa maneira, a competência para opinar deve ser fomentada pela dinâmica de informações que envolvem a coisa pública. SARTORI, Giovanni. **Homo videns: televisão e pós-pensamento**. Tradução de Antônio Angonese. Bauru, São Paulo: Edusc, 2001.

¹¹⁰ A execução por parte do Poder Executivo pode ocorrer de forma direta, por meio de normas e regulamentos, organizando e entregando todas essas utilidades, seja mediante a prestação de serviços – saúde, educação, segurança, fiscalização, entre outros -, ou pela entrega de produtos – salários aos seus agentes públicos, medicamentos, cestas básicas, auxílios e subvenções, etc. -.

¹¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Teoria Geral dos Atos Administrativos – Uma releitura à luz dos novos paradigmas do Direito Administrativo**. Organizadores: Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato (Os Caminhos do Ato Administrativo). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 40.

¹¹² HAURIOU, André. **A utilização em Direito Administrativo das regras e princípios do direito privado**. Tradução de Paulo da Mata Machado. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1945. f. I. fasc., p. 469.

A bem da verdade, a tradição do Poder Executivo, ao exercer sua atividade típica de administrar, bem como de os outros Poderes executarem as suas tarefas atípicas de também gerir a máquina pública, é a de atuarem em um segundo momento, ou seja, após a configuração legal que determinado tema recebeu da norma, e, somente assim, estaria o administrador autorizado a proceder. Apresenta-se então, como acima descrito, essa primeira expressão do Princípio da Legalidade, entalhado no “caput” do art. 37 da Constituição Federal. Como ensinado tradicionalmente, risca o Princípio da Legalidade estar então vinculado ao conceito de que a Administração Pública apenas pode ser exercida em consenso com a lei, no intuito de coibir todo o tipo de favorecimentos, acossamentos ou arbitrariedades, contrapondo-se a qualquer tipo de personalização por parte do governante¹¹³.

Ao administrador caberia então agir “sempre e sempre vinculado aos ditames da lei¹¹⁴”. No entanto, essa perspectiva do Princípio da Legalidade, em seu sentido estrito, revolvendo em torno do conceito de “lei”¹¹⁵, com caracteres próximos à infalibilidade¹¹⁶, deixa de revelar alguns aspectos que ultrapassam a pretensa proteção da decisão administrativa em face de um eventual exercício indevido da discricionariedade em nome de uma arbitrariedade, que supostamente poderia ser praticada pelo gestor administrativo, caso esse princípio não pudesse ser observado no campo dos atos administrativos.

O primeiro deles a ser registrado é quanto à origem das leis, ou, mais precisamente, quanto a um vício intrínseco por parte daquele que redigiu o texto da norma e provocou o processo legislativo necessário para a confecção da lei. É certo que vincular qualquer ato ou decisão administrativa ao que está estritamente prescrito na norma não é capaz de garantir, por si só, que essa deliberação realmente protegerá o interesse da coletividade. Isso, porque aquele que produziu a norma poderá ter elaborado o texto legal com outros desígnios, por vezes até mesmo inescrupulosos. Seja como for, a legalidade, embora tenha sido “um marco jurídico fundador da administração pública no Estado de direito¹¹⁷”, quando tomada apenas no seu

¹¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 103.

¹¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Relatividade da Competência Discricionária**. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional. Num. 8, 2004. p. 18

¹¹⁵ DEZAN, Sandro Lúcio, CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Processo administrativo: Lei 9.784/99**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 84.

¹¹⁶ Observa-se que, pelo menos em um primeiro contato com o princípio da legalidade, do modo como aqui exibido, a sua justificativa básica seria a de conter uma possível impetuosa atuação por parte da autoridade pública em favor de outros interesses que não estariam em consonância com o desejo da coletividade, seja para beneficiar ele próprio, diretamente, ou para defender ou agraciar grupos específicos da sociedade.

¹¹⁷ CHICOSKI, Davi. **A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico**. Revista Digital de Direito Administrativo. Vol. 3, n. 1, 2016, p. 256.

alcance estrito, deve ser vista com cautela, principalmente enquanto apresentada como solução última para coibir todos os males que permeiam os negócios ou as regras entre a Administração Pública e seus administrados.

Caminhando mais ainda sobre o trilho proposto pelo festejado Princípio da Legalidade, é de se notar que a lei realmente tem a sua estima, tanto para a Administração quanto também para o Poder Judiciário. Essa mesma lei, quando passou a submeter o próprio Estado a ela, permitiu então à sociedade criar mecanismos visando a se livrar definitivamente das amarras de um anterior regime absolutista, e, ao incutir na cabeça de seus cidadãos o ideal de sua suposta superioridade, a norma então possibilitou a existência do Estado de Direito, que passou a agregar uma característica humana, qual seja, uma verdadeira expressão da vontade geral¹¹⁸. No entanto, uma lei - ainda que tenha transcorrido todo o seu percurso processual com total lisura esperada -, pode ter deixado, em algum momento, de observar o sistema jurídico em sua totalidade, o que, sem dúvida, poderá contaminar a decisão administrativa final, tornando-a juridicamente irregular. Dessa maneira, não pode mais ser acolhida a solução singela de aplicação “mecanicista de subsunção automática dos fatos ao texto legal¹¹⁹”.

No campo das decisões administrativas que concedem vantagens aos servidores públicos, essa dependência da norma junto ao sistema jurídico, ou melhor, ao próprio Direito, torna-se bem perceptível. Qualquer lei que venha a criar uma parcela ou uma vantagem específica remunerativa para os seus agentes públicos deverá observar regras orçamentárias e disposições financeiras. A título elucidativo, traz-se para abstrair a situação correlacionada ao evento de uma norma, que venha a conceder um aumento de caráter continuado na remuneração e nos proventos de acurada carreira, ou, ainda, acréscimos ou ampliações de vantagens para atividades específicas desempenhadas por um grupo de agentes públicos. Essa lei deverá, para então produzir efeitos, conter autorização anterior para tanto na Lei de Diretrizes Orçamentárias, conforme disposto no art. 169, § 1º, da Constituição Federal¹²⁰.

Adotar a legalidade estrita não é assim uma prova indubitável de respeito ao intrincado sistema de normas jurídicas. Aumento ou criação de parcelas remuneratórias deferidas de

¹¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4º ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003, p. 44.

¹¹⁹ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/99**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 84.

¹²⁰ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2020.

acordo com a lei que a cria ou que autoriza a modificação, mas ao arrepio de outras normas de igual ou de maior envergadura infringe o Direito. Esse apego excessivo ao que apenas prescreve o texto da lei pode ser, em um primeiro momento, um objeto de segurança ao gestor administrativo, mas, como singelamente já demonstrado, pode conduzi-lo ao erro e até mesmo levá-lo a responder perante os órgãos de controle do Estado. Saliente-se que até mesmo a doutrina administrativa mais tradicional já apregoava a possibilidade de flexibilização do Princípio da Legalidade, ao indicar que não basta ao administrador público apenas cumprir as normas; suas ações deverão observar ainda outros princípios do Direito e da moral, “para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais¹²¹”.

Mais relevante ainda ressaltar nesse instante, a título de reforçar a relativização da legalidade estrita, aquilo que já lecionado por Kelsen, ao afirmar que o Direito pode ser flexibilizado, quando os tribunais produzem não só normas individuais para o caso concreto, como também normas gerais¹²², fato ainda plenamente constado na prática pelos distintos gestores públicos: a lei, mesmo que elaborada com o maior zelo possível, e mesmo que tenha sido aberta ao público e aos especialistas visando colher as mais distintas opiniões e situações fáticas possíveis, ela jamais vai antever todas os casos concretos admissíveis.

Em contraponto, não se pode olvidar ainda que ao Estado cabe a missão de realmente controlar todos os tipos de demandas e de interesses, essencialmente aqueles de cunho restritivamente individualista e desagregador dos desejos da coletividade como nação, almejando alcançar os preceitos constitucionais. Sem dúvida, a lei tem o seu alcance, haja vista que desempenha o papel de ponto de partida para a solução dos diversos litígios e para a atividade hermenêutica¹²³, e ela, juntamente com o Direito, coordenam a função administrativa que, então partindo da lei, “impõe o Estado uma série de limitações à atividade individual, exigindo prestações, contrariando interesses e negando direitos¹²⁴”.

Valendo-se da norma como linha de largada para o início da busca pela solução dos casos concretos que são entregues à Administração Pública, evidencia-se assim uma legitimidade e até mesmo segurança jurídica ao administrado, pois permite-se dessa maneira

¹²¹ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 91.

¹²² KELSEN, Hans. **Teoria Pura Del Derecho. Traducción de la segunda edición en alemán, por ROBERTO J. VERNENGO**. 2ª reimpressão. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. 1982. p. 258.

¹²³ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/99**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 90.

¹²⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7º ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 114.

uma demonstração de transparência do ato diante da possibilidade de rápida correlação de seu litígio ao texto da lei. De outra banda, buscar solucionar as dificuldades administrativas ao atrelamento à lei em sentido estrito não pode pretender a resolver todos os casos da vida em comunidade; isso acontece porque à Administração é dado a decidir e a realizar os mais distintos fins de interesses públicos, e, em razão das múltiplas faces em que se apresentam os problemas administrativos, o administrador público sempre agirá, quando necessário, nos “espaços de liberdade deixados pela lei¹²⁵”.

Como já se alertou em breve passagem dessa pesquisa, parte dos casos levados ao gestor não contém previsão na norma. Ademais, ainda que haja previsão legal para a situação do administrado, pode ser que o seu problema, em razão de possuir alguma peculiaridade, quando comparado aos casos mais singulares, exija uma decisão administrativa incomum, para então, dessa maneira, entregar a ele uma solução ótima ao seu evento. Dessa maneira, o ato da administração que colocará fim ao litígio deverá, de alguma forma, mesmo que não haja previsão na norma, estar vinculado a uma finalidade pública peculiar¹²⁶, e o Princípio da Juridicidade, tomado como aquele em que o aplicador do Direito procura solucionar o caso em concreto com fulcro na lei e no direito, revela-se como verdadeiro integrador do sistema jurídico.

Dessa feita, como se verá a seguir, torna-se essencial expor a existência ou não de inflexões para o emprego do Princípio da Juridicidade em decisões administrativas – as dificuldades e os limites para se aplicar tal princípio no âmbito da Administração Pública facilmente saltam-se aos olhos-, principalmente no que diz respeito a sua instrumentalização como fim de extinção ou manutenção da decisão administrativa irregular que originou o pagamento de qualquer parcela indevida.

1.2 Aplicabilidade da segurança jurídica e do Princípio da Juridicidade em casos concretos: análise da juridicidade da aplicação desses institutos em decisões administrativas irregulares

Feitas essas primeiras considerações teóricas sobre os Princípios da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, da Segurança Jurídica e da Juridicidade, é preciso avançar e buscar entender os mecanismos que permitem a aplicação deles no caso concreto, haja vista

¹²⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2014. p. 144.

¹²⁶ TÁCITO, Caio. **O Princípio de Legalidade: Ponto e Contraponto**. *Revista de Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1996, Rio de Janeiro, 206, p. 3.

que já estabelecida importantes relações entre eles. É de fácil percepção, no decorrer do trabalho diário do gestor público, que tais princípios estão correlacionados, no entanto, não é de simples aplicação ponderá-los no caso concreto.

Em um momento inicial, faz-se necessário analisar como o Princípio da Juridicidade não está distante do Princípio da Legalidade e, com esse novo olhar, ele se faz essencial na produção de decisões administrativas que estejam de acordo com a norma e com o Direito, principalmente quando se está diante da análise da possibilidade de extinguir ou manter a decisão administrativa que, por alguma razão, foi produzida com algum tipo de vício de legalidade ou irregularidade formal.

Quanto ao Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado, é de se notar que a sua aplicação é mais questionada pelos aplicadores e doutrinadores do Direito Público contemporâneo, fazendo com que, por último, a presente seção apresente uma análise jurídica voltada para a correlação entre o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e da Segurança Jurídica, com o intuito de serem devidamente aplicados em vantagens irregulares percebidas pelos servidores ou agentes públicos ao longo do tempo.

1.2.1 Emprego do Princípio da Juridicidade em decisões administrativas: instrumento de extinção ou manutenção da decisão administrativa?

Exemplos de situações que abrangem a decisão administrativa tomada para além do Princípio estrito da Legalidade, no âmbito da própria Administração Pública, são muitos e variados. E no campo do controle externo também não é diferente. A título elucidativo, cita-se a ausência de previsão normativa para a concessão de abono de permanência aos servidores com deficiência, que preencham os requisitos para se aposentarem nessa condição especial, mas que então decidem por permanecer no serviço público, antes da disciplina que no momento agora é dada pela Emenda Constitucional nº 103/2019, publicada em 13 de novembro de 2019, conforme disposto em seus artigos 8º e 22¹²⁷.

Diante da lacuna normativa como a acima exposta, o Tribunal de Contas da União, em 2013, foi instado a pronunciar-se a respeito, quando então, em decisão para além da norma na época e, agora, integrativa do direito, firmou juízo administrativo no sentido de que o servidor público portador de deficiência, ao preencher as regras para a sua aposentação com regras

¹²⁷ BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103, de 12 de novembro de 1988. **Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias.** Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 23 mar. 2020.

especiais - nos termos do anterior art. 40, § 4º, inciso I da Constituição-, caso decidisse por permanecer na atividade, faria jus à percepção de abono de permanência, embora isso, à época da decisão constante do Acórdão 1.078/2013-TCU-Plenário¹²⁸, não constasse da Carta Magna e nem de lei infraconstitucional.

Assim considerando, embora parte da doutrina entenda que o Direito Administrativo está protegido por poderes legalmente constituídos, originados de lei produzida pelo Poder Legislativo, norma esta pela qual a Administração deveria uma completa submissão¹²⁹, prefere-se, nesse trabalho, com as devidas vênias, adotar para este princípio um conceito mais relacional entre as partes e, portanto, mais coerente com a Administração Pública, cuja intenção última visa concretizar direitos fundamentais. Ainda que a lei venha a limitar determinadas condutas dos administrados, com a pretensa intenção de amoldá-las ao interesse público legítimo, algumas delas são verdadeiras liberdades fundamentais, plenamente asseguradas pelas Constituições nacionais, capazes de assim proteger um núcleo então personificado e incondicional em face dos distintos poderes do Estado¹³⁰.

Ao administrado que, para fins desse trabalho, é aquele agente público vinculado ao Estado e que por ele é remunerado diretamente, assiste-lhe todas as garantias que o devido processo legal possa lhe ser útil, atribuindo-lhe a possibilidade de realmente influenciar no processo administrativo que corra em seu desfavor, não podendo ser autorizado, na condução do processo, qualquer interpretação restritiva¹³¹, ao ponto de demonstrar o fato de que, em algumas situações, não só a lei será capaz de lhe entregar a melhor solução, mas sim o Direito como um sistema jurídico voltado para o mais adequado deslinde do caso concreto – sem qualquer pretensão de beneficiar apenas o administrado ou a Administração-, tornando perceptível aplicar o Princípio da Juridicidade – em complementação ao Princípio da Legalidade estrita -, em decisões administrativas que concedam parcelas remuneratórias e de proventos aos servidores públicos.

¹²⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 1.078/2013-TCU-Plenário**. Relator: Benjamin Zymler. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, Brasília, 08 mai. 2013. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

¹²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 104.

¹³⁰ ENTERRÍA, Eduardo García, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I, 16. Ed. ed. Madrid: Civitas, 2013, p. 494.

¹³¹ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/99**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 288.

No entanto, o mencionado Princípio da Juridicidade, mesmo que ainda frequentemente desejado, é de difícil implementação e longo será o seu caminho ao ponto de verdadeiramente permitir uma transmutação ao Direito Administrativo, bem como para torná-lo apto a uma real mudança de ângulo, conduzindo-o para a busca da concretização do Direito Constitucional com um olhar mais atento ao administrado, em face do poder que exerce a Constituição na formação do Direito Administrativo¹³². De todo o modo, cabe reafirmar que “não é necessário, entretanto, que as normas jurídicas públicas sirvam sempre a finalidades individuais¹³³”, isso porque, não menos relevante, cabe ainda ao Estado administrar interesses da coletividade.

Procura-se assim, a bem da verdade, deslocar o foco da decisão administrativa estritamente legalista para uma visão de alcance das garantias do administrado e da própria Administração Pública – defensora da indisponibilidade do interesse público-, em um devido processo administrativo, haja vista que este tem o condão de tutelar “direitos que o ato administrativo pode afetar¹³⁴”, buscando ao final produzir um equilíbrio entre uma decisão administrativa não somente hígida, do ponto de vista jurídico, tendo como meta o cumprimento da Constituição como verdadeira expressão da norma jurídica, dotada de eficácia e aplicabilidade imediata¹³⁵, mas também que procure mantê-la em concerto com o bem da coletividade e do interesse comum e geral que emana da lei em sentido *lato*.

Um dos empecilhos mais evidente para a aplicação desse Princípio da Juridicidade é revelado por aquele que enfrenta o litígio administrativo logo em sua origem, ou seja, o gestor público, seja de forma direta, seja por meio de auxiliares administrativos. Desta perspectiva, com a finalidade clara e principal de elevar o Direito Administrativo material e processual para um outro padrão de relação jurídica entre as partes, deslocando-se assim da pura reserva da lei¹³⁶, capaz ainda - com intenção de alargar essa relação jurídica-, de promover a tutela de outros interessados que não estão diretamente vinculados à atividade administrativa¹³⁷, traz-se

¹³² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 15

¹³³ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 121.

¹³⁴ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 180.

¹³⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2014. p.63.

¹³⁶ MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo alemão**. (Vinculação à Lei, Poder Discricionário e Conceitos Jurídicos Indeterminados). São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 45.

¹³⁷ MONCADA, Luís S. Cabral de. **A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 141

agora nesse momento, para os fins deste trabalho, a relevância da essencial missão de buscar compreender a correlação entre a natureza jurídica do ato administrativo - então emitido pelos tribunais de contas nacionais, quando da apreciação para fins de registro de aposentadoria, reforma e pensão-, e aquele ato elaborado inicialmente pelo gestor, frequentemente anos antes do processo chegar nos tribunais de contas.

Alerte-se que a Constituição Federal de 1988 ampliou o alcance do controle externo a ser exercido pelo Poder Legislativo, auxiliado nessa missão pelos tribunais de contas. Dessa maneira, nos termos do art. 71, inciso III da Carta Magna¹³⁸, os tribunais de contas devem apreciar a “legalidade” dos atos mencionados, revelando-se sem dúvida a importância do estudo até aqui apontado sobre o Princípio da Legalidade, essencialmente nas ocasiões em que se abrange a possibilidade de invalidação das decisões que concederam vantagens remuneratórias aos agentes públicos.

Quanto a essa mencionada legalidade, nota-se que, até o presente momento, buscou-se veicular o Princípio da Juridicidade como um instrumento essencial com o intuito de auxiliar o operador do Direito a decidir situações pelas quais a norma, seja mediante uma lei ou um regulamento, não traz a definição precisa para a subsunção do caso concreto. Nesse sentido, o Princípio da Juridicidade fornece uma ligação mais equânime entre a “Administração e o Direito do que o tradicional princípio da legalidade¹³⁹”. Contudo, para os casos em que a situação fática apresentada se amolda perfeitamente à letra da lei, caberia uma interpretação do operador no sentido de descumprir a norma, com fulcro na interpretação do sistema jurídico como um todo?

Portanto, resta evidente que a dúvida ainda persiste. Ademais, outro questionamento que se suscita é quanto ao alcance do ato do controle externo já mencionado em correlação com o ato do gestor produzido anteriormente, até mesmo no que diz respeito à existência ou não de distinção quanto aos atos específicos e individualizados de determinada parcela, e não tão somente quanto à totalidade de atos ou de decisões que compõem a aposentadoria, reforma ou pensão. O desenrolar da próxima seção trará mais alguns detalhes sobre a juridicidade das

¹³⁸ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2020.

¹³⁹ A atividade material da Administração, para José Carlos Vieira de Andrade, embora esteja destinada a defender os interesses públicos dispostos pela lei, atualmente não deve total subordinação a ela, devendo buscar uma “racionalidade jurídica e global”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O dever de fundamentação expressa do acto administrativo**. Lisboa: Almedina, 2007, p. 14.

decisões, buscando, aos poucos, investigar, no que se faz necessário para essa pesquisa, uma eventual perda de simpatia do legislador em razão de uma insubsistência da lei formal¹⁴⁰, tornando mais perceptível essa aproximação entre o ato do controle externo e aquela decisão produzida anteriormente pelo gestor.

1.2.2 Indisponibilidade do Interesse Público e Segurança Jurídica: confronto entre princípios para a devida aplicação em vantagens irregulares percebidas pelos servidores públicos ao longo do tempo.

O sistema remuneratório aplicado aos servidores públicos, sejam eles ativos ou aposentados, é por vezes complexo. Até mesmo no que diz respeito àquelas carreiras que são remuneradas por meio de subsídios, a elas assistem algumas vantagens que vão além dessa parcela única, a exemplo das mais diversas indenizações e até mesmo outros tipos de rubricas não indenizatórias, como a gratificação por exercício cumulativo de ofícios, no âmbito do Ministério Público da União¹⁴¹.

Ainda, há um número considerável de servidores que percebem em seu contracheque vantagens extintas há muitos anos, que se perpetuam ao longo do tempo, as quais permanecem sendo pagas a eles em virtude de regras constantes em leis posteriores, que então permitiram a continuidade da percepção dessas rubricas, principalmente em garantia à vedação de decurso remuneratório, em nome da segurança jurídica. Como exemplo dessas rubricas, e, conseqüentemente, da segurança jurídica em que o sistema legal pretendeu dar aos agentes públicos, cita-se a Lei 8.911/1994, que garantiu a eles a incorporação dos conhecidos “quintos”, vantagem que, em breve síntese, assegurava a percepção remuneratória de valores oriundos do exercício de cargo em comissão ou função de confiança, incorporados aos vencimentos após um período de tempo nessas atividades¹⁴².

Todas essas parcelas compõem o conceito de remuneração do agente público, que, para fins do art. 41 da Lei 8.112/1990, “é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens

¹⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2014. p. 131.

¹⁴¹ BRASIL. LEI Nº 13.024, de 26 de agosto de 2014. **Institui a gratificação por exercício cumulativo de ofícios dos membros do Ministério Público da União e dá outras providências**. Disponível em: <in.gov.br/web/dou/-/lei-n-13-024-de-26-de-agosto-de-2014-30163548>. Acesso em: 27 mar. 2020.

¹⁴² BRASIL. LEI Nº 8.911, de 11 de julho de 1994. **Dispõe sobre a remuneração dos cargos em comissão, define critérios de incorporação de vantagens de que trata a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no âmbito do Poder Executivo, e dá outras providências**. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8911.htm>. Acesso em: 27 mar. 2020.

pecuniárias permanentes estabelecidas em lei¹⁴³”, valores responsáveis por compensar as atribuições e tarefas desempenhadas pelos servidores do erário no âmbito da Administração Pública.

Não interessa, para fins do presente estudo, aprofundar na distinção entre “vencimentos” e vencimento, apregoadas por parte da doutrina¹⁴⁴; o relevante para o presente momento é analisar o ato decisório que concedeu uma vantagem específica ao agente público, para, ao final, estabelecer as conexões e as possíveis colisões entre o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público – ou, ainda, o Princípio da Supremacia do Interesse Público, como quer parte da doutrina¹⁴⁵ -, e o Princípio da Segurança Jurídica.

Para os fins dessa seção da pesquisa, toma-se a decisão administrativa como a concessão de uma determinada parcela ao servidor ou agente público, como aquela então requisitada por ele, ou ainda, aquela decorrente de lei, mediante a qual é necessário um conjunto de atos para a sua regular percepção (requerimento, análise, publicação, etc.) e que, ao final, dá origem a uma decisão administrativa com o respectivo efeito remuneratório esperado pelo servidor. Decisão administrativa aqui então é aquela final, resultante do conjunto de procedimentos e de uma diversidade de momentos ou de etapas que então concorreram para a decisão final processual¹⁴⁶. Não se pretende esgotar a distinção entre ato administrativo e decisão administrativa, principalmente nesse momento, haja vista não ser relevante para a investigação dessa seção. No entanto, é relevante esclarecer que, quando aqui mencionar-se ato administrativo, quer-se tomar por aquele em que se reconhece algo oriundo de um “regime jurídico-administrativo”, distinto então de outros atos da administração¹⁴⁷.

Feitas essas considerações, passa-se então primeiramente a delinear o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, com enfoque nas parcelas remuneratórias concedidas

¹⁴³ BRASIL. LEI Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 28 mar. 2020

¹⁴⁴ Nesse sentido, no que tange à distinção entre “vencimento” e “vencimentos”, ver GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁴⁵ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a supremacia do interesse público é “princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade”, culminando na própria existência da sociedade. Todavia, como já trabalhado na primeira seção dessa pesquisa, prefere-se aqui tratar do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, pelos motivos que lá foram expostos. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 104.

¹⁴⁶ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A teoria do acto e a justiça administrativa: o novo contrato natural**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 104.

¹⁴⁷ Sobre a classificação referente a atos da administração, verificar a obra “Direito Administrativo”, de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 229-230.

irregularmente ao agente público, seja por um ato cujo vício se deu por aplicação ilícita de direito material, seja ainda em razão da não observância do direito processual envolvido, a exemplo da preclusão administrativa. O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público é um dos princípios basilares de um Estado, haja vista que não se pode imaginar uma nação organizada administrativamente que não tenha o desejo de resguardar toda a sua coletividade, razão pela qual se preconiza que a “Administração Pública não pode dispor desse interesse geral, da coletividade, nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela¹⁴⁸”.

Esse conceito de indisponibilidade do interesse público é por demais indeterminado. Como já trabalhado em outro momento dessa pesquisa, quando se falou sobre o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado – então criticado por parte da doutrina -, inferiu-se que a identificação do interesse público no caso concreto não é das tarefas mais singelas. Mas a busca pela concretização de direitos fundamentais fornece as balizas para então delineá-lo¹⁴⁹.

Mas o fato de ser um conceito aberto não limita a sua análise. Da década de 90 em diante, o Direito Administrativo brasileiro - mediante influência do direito alienígena, a exemplo do Direito alemão, espanhol e português, sofreu o emprego da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados -, e, por se referir tal teoria a conceitos jurídicos, deverão estes estar expostos à interpretação do Poder Judiciário. Devido a isso, podem e devem ser tais conceitos manuseados pela autoridade judicial, não permitindo que um conceito jurídico indeterminado sirva de pretexto para limitar a sua apreciação¹⁵⁰.

No entanto, quando se transmuta a observação para o campo das decisões administrativas brasileiras, que também – comumente -, sofrem o risco originado pelo abrandamento da lei em sentido formal, fazendo surgir a necessidade de se constitucionalizar o

¹⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 91.

¹⁴⁹ Ministram de maneira bem esclarecedora Sandro Lúcio Dezan e Paulo Afonso Cavichioli Carmona, no sentido de que o princípio do interesse público se relaciona imediatamente com o princípio da finalidade pública, com o intuito de perseguir o interesse público, para, ao final, “concretizar direitos fundamentais”, conforme ensina Marçal Justen Filho. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. E-book. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 86. DEZAN, Sandro Lúcio, CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Processo administrativo: Lei 9.784/99**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 119-120.

¹⁵⁰ Orienta ainda Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, se mediante a análise, o intérprete encontre a uma possível solução então válida para o caso em concreto, a autoridade judicial poderá dessa forma invalidar o ato administrativo decisório contrário àquela solução. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da constitucionalização do Direito Administrativo – Reflexos sobre o Princípio da Legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas**: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012 (digital), p. 10.

Direito Administrativo¹⁵¹, nota-se então a dificuldade de encontrar uma resposta imediata para o seguinte questionamento: poderia o administrador ou ainda o servidor público adotar ou elaborar uma decisão administrativa com base não somente na lei, mas também no Direito, ou seja, com fulcro no Princípio da Juridicidade, então apregoadado até aqui?

Inicialmente, pretende-se afastar nesse momento aquelas situações nas quais realmente não há qualquer previsão na lei ou na norma para resolução dos casos concretos, porque, devido a isso, como conclusão lógica, o gestor público realmente terá de decidir com base no Direito, ou seja, no sistema jurídico. A ensejo de exemplo, cita-se o pagamento da retribuição pelo exercício do cargo ou função de direção ou chefia ou de cargo de Natureza Especial a título de substituição, nos casos em que o substituto tem de se ausentar por motivos diversos, situação em que não há previsão legal específica para tanto¹⁵².

Distintamente, há situações que, embora exista previsão legal para o pagamento de uma determinada parcela aos agentes públicos, o comando normativo que a antevê e autoriza a percepção dessa vantagem não está bem delimitado na norma, ou, ainda, desperta inúmeras interpretações jurídicas, ora por seu alcance legal reduzido ou ainda por conflitos então disparados por categorias de agentes públicos. Nesse sentido, exemplifica-se a rubrica de auxílio-moradia, cujos requisitos e juridicidade para o seu pagamento promoveu e ainda provoca grande discussão no campo do serviço público, conforme pode ser observado do debate travado na Ação Ordinária 1.773 DF – STF, processo pelo qual, em decisão datada de 26/11/2018, de relatoria do Ministro Luiz Fux, suspendeu-se “todas as ações em tramitação nos demais tribunais e juízos, individuais e coletiva”, cujo teor baseou-se até mesmo, entre outros

¹⁵¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2014. p. 36.

¹⁵² A situação mencionada desperta, no mínimo, curiosidade. Quando o substituto está exercendo cargo ou função de direção ou chefia ou de cargo de Natureza Especial, em substituição ao titular, e, por uma razão qualquer, necessita se afastar por algum tempo dessa substituição – por motivo de doença, por exemplo -, a letra fria da Lei 8.112/1990 não contém previsão para que o servidor substituto perceba a remuneração do cargo em comissão ou de função de confiança quando estiver afastado, conforme se verifica do então prescrito no art. 39, § 2º desse estatuto, o qual prescreve que ao substituto somente lhe assistirá o direito de receber pela substituição na proporção de dias de “efetiva substituição”. Dessa forma, o gestor público terá de buscar uma solução para o caso concreto em que não há previsão normativa para tanto. BRASIL. LEI Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 03 abr. 2020.

argumentos, em dificuldades econômicas e orçamentárias para a viabilidade de pagamento dessa vantagem¹⁵³.

Do caso acima¹⁵⁴, pode-se facilmente inferir que em algumas situações, ainda que haja uma norma autorizativa de pagamento de parcela específica ao agente público, elementos de ponderação de princípios, utilizados com razoabilidade e com o fim de procurar um caminho processual e de direito material no intuito de então encontrar uma solução ótima para o litígio¹⁵⁵, podem até mesmo afastar a segurança jurídica – então identificada no caso concreto mediante a subsunção dos fatos ao dispositivo permissivo de tal vantagem -, em homenagem ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, cujos motivos concretos a própria “ordem jurídica” o qualificou como tal¹⁵⁶.

No campo do Direito Administrativo, como já sabido, o próprio sistema processual administrativo brasileiro autoriza ao administrador do erário encontrar a solução para a indagação acima: o art. 2º da Lei 9.784/1999 determina que a Administração Pública observe, entre outros princípios, o da Legalidade. Dessa forma, resta evidente que ao gestor público caberá então buscar a solução para o litígio que lhe foi apresentado, partindo obviamente da lei, mesmo que em sentido *lato*. Todavia, como já demonstrado até aqui, a lei, por si só, nem sempre oferece a solução ótima para a situação fática. Assim, inteligentemente, e ainda atualizando e modernizando o Direito Administrativo brasileiro, o legislador previu no inciso I do mesmo artigo que à Administração Pública, no âmbito dos processos administrativos, caberá atuar não só conforme a lei, mas também ao Direito¹⁵⁷.

Nesse sentido, ao sopesar os distintos princípios utilizados na presente análise e, tendo o interesse público indisponível como sendo aquele utilizado para concretizar direitos

¹⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Originária nº 1.773/DF**. Relator: LUIZ FUX. Pesquisa de Jurisprudência, Brasília, Brasília, 26 de novembro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339125545&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2020.

¹⁵⁴ Contudo, é de se lembrar que o caso apresentado, que versa sobre o pagamento específico de auxílio-moradia, está sendo debatido no âmbito do Poder Judiciário, e não no campo do exercício típico da atividade administrativa, lugar que, como se apresentou aqui há algum tempo, é terreno fértil para a discussão da aplicabilidade ou não do Princípio da Juridicidade.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. Coleção Temas de Direito Administrativo, vol. 16. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 363.

¹⁵⁶ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 121.

¹⁵⁷ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 06 abr. 2020.

fundamentais¹⁵⁸ – conforme já aventado em outra oportunidade -, e, como os direitos fundamentais estão bem delineados em nossa Carta Magna – embora em rol não taxativo-, é impossível imaginar que tal ponderação de princípios, com o intuito de buscar uma solução ótima, não tenha como ponto fulcral a nossa Constituição Federal.

Avançando na análise, considerando que no processo administrativo deve-se atuar não apenas com base na lei, mas também no Direito, cuja Carta Magna é o cerne do sistema jurídico, infere-se facilmente que ao administrador público, com competência para decidir, cabe utilizar-se também da Constituição Federal para deliberar, haja vista que este gestor público está a ela ligado, e não somente à lei ordinária, eliminando-se assim um juízo básico e convencional do Princípio da Legalidade¹⁵⁹.

Evidentemente, o gestor público deverá buscar no próprio sistema jurídico os elementos que possam conduzir à evidenciação do seu limite de atuação e de ponderação dos princípios envolvidos. Para isso, a definição de competências deve ser bem delineada no serviço público, haja vista que ao administrador não é dado a se esquivar do cumprimento de qualquer comando legal ou de uma ordem em nome de uma pretensa não concretização de direitos fundamentais. Nessa linha, algumas normas até mesmo ajudam para tanto, a exemplo do art. 116, inciso IV da Lei 8.112/1990, que prescreve ser dever do servidor cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais¹⁶⁰.

Como então se percebe, tanto o controle externo, exercido pelos tribunais de contas nos limites de sua competência constitucional, quanto o gestor público, mediante a execução das atividades típicas administrativas, podem e devem utilizar do Princípio da Juridicidade para decidir com o intuito de encontrar o melhor resultado para o caso concreto. Mas, como já salientado anteriormente, a decisão administrativa inicial que declarou a aposentadoria, reforma ou pensão ao agente público, na maior parte das vezes, é produzida muitos anos antes do envio do ato ao tribunal de contas competente¹⁶¹.

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. E-book. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 86.

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 354.

¹⁶⁰ BRASIL. LEI Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 07/4/2020.

¹⁶¹ Ademais, após a chegada do ato no respectivo tribunal de contas, ele pode lá permanecer por durante anos, antes de sua análise e o respectivo ato de registro a ser emitido por esse tribunal.

O controle desse ato para fins de registro, quanto à legalidade dos atos de admissão de pessoal, de aposentadorias, reformas e pensões, então insculpido no art. 71, inciso III da Constituição Federal¹⁶², é realizado pelos tribunais de contas sobre essa mesma decisão administrativa produzida normalmente há algum tempo pelo gestor, criando inúmeros debates jurídicos e doutrinários quanto ao alcance desse ato decisório por parte das cortes de contas, de modo destacado quanto à aplicação da decadência e da prescrição do Direito ou das prestações pecuniárias, respectivamente.

Revela-se então mais uma vez a importância de se investigar se há ou não efeitos a serem considerados pelo gestor em sua decisão em razão da natureza ou do alcance da apreciação da legalidade do registro emitido pelas cortes de contas. Um elemento de suma importância para inferir qualquer conclusão nesse sentido é o transcurso do tempo para a produção da decisão administrativa, ou, ainda, para a sua elaboração, assunto que será abordado no próximo capítulo.

¹⁶² A atribuição constitucional para “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório” consta assim detalhada na Constituição, todavia, não traz os delineamentos operacionais precisos para a sua execução pelas cortes de contas, motivo que gera inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, a exemplo da aplicação de institutos da prescrição, da decadência, da preclusão processual e princípios do Direito Constitucional e Administrativo, temas que estão sendo abordados nesta pesquisa, no limite necessário para a conclusão da pesquisa. BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2020.

CAPÍTULO II:

O EFEITO DO TEMPO E A SUA CORRELAÇÃO COM A DECISÃO ADMINISTRATIVA IRREGULAR: IMPACTO DOS INSTITUTOS DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL

Dentre os principais aspectos que se correlacionam com o ato administrativo e, principalmente, com a decisão administrativa irregular, estão aqueles que se originam do direito intertemporal, ou, ainda, da própria passagem do tempo, e, quando o assunto a ser abordado versa sobre parcelas integrantes da remuneração de servidores públicos, o lapso temporal traz à tona questões relevantes sobre a existência ou não de direitos oriundos dessas vantagens ilícitas.

Percebe-se singelamente que o tempo influencia de certa maneira todas as ciências e, com o Direito, isso não se faria distinto. O decurso do tempo faz com que certas conjunturas inicialmente maculadas com o vício da ilegalidade ou de irregularidade formal ganhem, de algum modo, tolerância do sistema jurídico, razão pela qual o Princípio da Segurança Jurídica é tão empregado pelas mais diversas cortes do Poder Judiciário como um dos elementos que, dentre outros, compõe um argumento de autoridade para o convencimento.

A segurança jurídica, noção consolidada na sociedade, deve ser preservada no Direito mediante aplicação de institutos jurídicos. Entre institutos que visam da maior segurança jurídica às relações entre particulares e entre esses e o próprio Estado encontram-se a prescrição e a decadência – os quais se destacam dentro do direito material-, bem como a preclusão administrativa – esta afeição ao direito processual -, cada qual com as suas devidas nuances e efeitos em uma decisão administrativa irregular, conforme se verá logo adiante.

2.1 Aplicação da prescrição nas decisões administrativas: estudo sobre possíveis acertos e equívocos nas escolhas dos gestores públicos

O gestor do erário, ao se confrontar com um pedido dirigido por um agente público, confronta-se frequentemente com casos concretos cujo fato gerador aconteceu há algum tempo, cujas provas apresentadas nem sempre são suficientes em face do largo passar do tempo, sendo que questionamentos jurídicos quanto à esmerada aplicação da prescrição no âmbito do Direito Administrativo exigem a sua decisão, de forma tempestiva, com o fito de entregar o bem da vida quando ainda ele se faz necessário para a parte.

O Direito Administrativo não tinha em seu início instrumentos para tratar dessas situações e, conseqüentemente, utilizou-se de conceitos do Direito Civil para regulamentar a prescrição no campo da Administração Pública, o que, como será visto, provocou o surgimento de alguns equívocos em sua aplicação, colaborando, em parte, para o aumento de decisões administrativas irregulares, fatos esses que atualmente podem ser evitados ao se buscar o melhor paradigma a ser empregado nos casos concretos.

Dado o reconhecimento da eventual aplicação indevida da prescrição administrativa, nasce o questionamento de ser possível ou não a devida imposição de correção do ato administrativo irregular, em confronto com princípios já aqui estudados, a exemplo do Princípio da Legalidade e o da Juridicidade, nos termos do que será trabalhado ao final desta seção, ao demonstrar a possibilidade de aplicação de ambos, no intuito de evitar ou diminuir a incidência de decisões administrativas irregulares.

2.1.1 Aspectos da prescrição no Direito Administrativo: do Direito Civil para o Direito Público – a importação de conceitos como foco de eventuais problemas junto ao ato administrativo irregular

A ciência jurídica se encarrega de estudar elementos e atributos que estão presentes nas mais distintas relações, bem como nos outros campos de análise e estudo das outras ciências. Sem dúvida, o tempo é um dos elementos do Direito que mais se relaciona com os outros campos de estudo e pesquisa humana. E não poderia ser diferente, haja vista que, sendo ele uma das dimensões que conhecemos, dele nada escapa, e a constância da produção dos efeitos jurídicos esperados em uma relação está vinculado ao seu transcurso¹⁶³.

É notável ainda que a correlação entre essas diversas ciências venha a produzir ou provocar um desconforto entre os sistemas que recebem reciprocamente uma específica influência, sendo que a dimensão tempo torna ainda mais forte essa inter-relação, produzindo em cada um a sua marca, o seu resíduo. É claro que em cada sistema ele se mostra sob perspectiva diferente, e essa distinção somente é possível mediante observação acurada. Assim,

¹⁶³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 188.

como preceitua Niklas Luhman, “para que algo pueda ser designado (tematizado), debe ser, en primer lugar, distinguido¹⁶⁴”.

Ao transcorrer um longo período de tempo, com capacidade para promover alterações na natureza e na quantidade de objetos, as relações interpessoais se mostram distintas: ora se tornam mais frequentes, passando assim uma sensação de maior segurança, em face de se repetirem com certa constância; ora se desestabilizam e se enfraquecem, em razão de um desgaste natural, considerando que tudo ele leva ao fim de um ciclo. Para o Direito, responsável então por administrar as relações jurídicas, em face de a elas fornecer uma solução justa para os litígios, o efeito do tempo não deixa de ter menor relevância, principalmente quando se analisa os negócios jurídicos, que são inerentes a qualquer sociedade que se pretende ser organizada, dentro de uma ideia comum de possível unidade de decisão. Provocou o tempo uma forte alteração na regulação da atuação no âmbito do poder estatal político, sendo que, nesse novel cenário, “os sujeitos incumbidos de exercer o poder político deixarão de apenas impor normas aos outros, passando a dever obediência¹⁶⁵”.

O Código Civil, no que se refere ao tempo, assume papel sem igual, talvez somente superado pela Constituição Federal. Traz-se a título exemplificativo o disposto no art. 3º do Código Civil, ao prescrever que a pessoa inicia sua existência como absolutamente incapaz para praticar os atos da vida civil, e, posteriormente, revela-se relativamente capaz para exercê-los, após completar os 16 anos, e, mais a frente, vê-se plenamente capaz aos 18 anos, nos termos dos artigos 4º, inc. I e 5º, ambos do Código Civil.¹⁶⁶

Examinar o tempo em que ocorreu uma situação fática, com a intenção de identificar o momento em que ela criou, modificou ou extinguiu um direito específico é tarefa corriqueira daqueles que operam com o Direito, sendo que, no campo do Direito Público e do Direito Administrativo, tal tarefa possui igual relevância, haja vista que este ramo busca também no

¹⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **El Derecho como sistema social**. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 6.

¹⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4º ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003, p. 35.

¹⁶⁶ BRASIL. LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 jan. 2020.

sistema jurídico alcançar situações de segurança e de justiça¹⁶⁷, na tentativa de evitar o “uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis¹⁶⁸”.

A relevância do direito privatista no Direito Administrativo é de simples compreensão, considerando que quando aquele ramo do Direito começou a se estruturar no mundo ocidental, outras divisões epistemológicas - a exemplo do Direito Civil-, já possuíam regras preestabelecidas em vários países. Dessa maneira, fácil compreender que, para solucionar os problemas novos postos à mesa do Estado, fazia-se necessário comparar o que de semelhante existia no direito privatista e importá-lo ao Direito Administrativo. Todavia, relevante aqui mencionar que essas normas, de origem civilistas, não são suficientes para resolver o problema dos administrados no campo do Direito Administrativo, haja vista que “disciplinavam as relações entre particulares, inadaptadas, pois, para reger vínculos de outra índole¹⁶⁹”.

No entanto, nesse momento, procura-se aqui pontuar a procura pela segurança jurídica e, conseqüentemente, o desejo permanente de estabilidade social mediante a utilização de mecanismos trabalhados inicialmente no direito privatista, que têm a intenção de evitar que as relações jurídicas dentro do sistema possam ser alcançadas pelo Estado de modo indefinido no tempo, quebrando assim qualquer expectativa do administrado, submetendo esse, sem um respectivo limite no tempo, ao interminável juízo daquele outro que detentor de um direito¹⁷⁰.

Para então obter uma desejada estabilidade junto às relações jurídicas, o direito positivo instituiu a decadência e a prescrição, das quais aqui passa a se tratar agora. Inicialmente, antes de adentrar em detalhes sobre os institutos da prescrição e da decadência no âmbito do Direito Administrativo, faz-se mister observar algumas características suas no campo do Direito Civil, ciência da qual o Direito Administrativo buscou preliminarmente inspiração para importar alguns princípios¹⁷¹.

¹⁶⁷ A pacificação social, objeto do Princípio da Segurança Jurídica, está plenamente relacionada ao elemento tempo, em conexão com diversos institutos do Direito. Essa Ciência Jurídica fornece as bases para os indivíduos da sociedade, para que, com o passar dos anos, mantenham-se em um plano organizado, almejando promover o equilíbrio das relações jurídicas, em um nível desejável de previsibilidade.

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 60.

¹⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 39.

¹⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. E-book. **Novo curso de Direito Civil v. 1: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 534.

¹⁷¹ HAURIOU, André. **A utilização em Direito Administrativo das regras e princípio do direito privado**. Tradução de Paulo da Mata Machado. *Revista do Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1945. F. I. fasc., p. 465.

Os cidadãos, devidamente organizados pelo sistema jurídico, possuem a faculdade ou a subjetivação de utilizar de alguns direitos, a exemplo da faculdade de “usar, gozar e dispor de bens de propriedade do titular das referidas faculdades¹⁷²”, sendo que tais direitos podem então, em um dado momento ou após algum evento, desaparecerem, e, conseqüentemente, as respectivas faculdades também se apagam. Quando aquele que é um titular de um direito subjetivo tem por alguma forma este violado, ou, por qualquer motivo, tenha concluído que haja ainda alguma razão que sugira a sua violação, nasce a faculdade de buscar o Poder Judiciário para a reparação da mencionada transgressão¹⁷³.

Com a intenção de estabelecer prazos para que o cidadão busque seus direitos junto ao Poder Judiciário, haja vista que, como dito em outra oportunidade, a outra parte não pode ficar eternamente à submissão do direito de outrem, o Código Civil de 1916 já carregava prazos denominados de prescricionais, não fazendo distinção quanto àqueles que seriam decadenciais e prescricionais, cabendo à doutrina da época estabelecer tal distinção¹⁷⁴. Quanto especificamente à prescrição, o Código Civil de 2002 - CC, mediante o seu art. 189, dispõe da seguinte forma: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. No que tange à decadência¹⁷⁵, essa traz um prazo para que seja exercido o direito potestativo, sendo que desde o momento em que o agente o adquire, começa então a correr tal prazo¹⁷⁶.

Dessa maneira, retomando o que consta do texto do art. 189 do CC para fins de análise, quando uma parte tem violado por outrem o seu direito, em desrespeito ao sistema jurídico vigente, nasce assim a pretensão para o prejudicado buscar a reparação, sendo esta normalmente relacionada a uma prestação, a qual se submete a um prazo de expiração, ou melhor, um prazo prescricional. A decadência, de outra banda, indica então a “queda ou perecimento do direito pelo decurso do prazo fixado ao seu exercício, sem que seu titular o tivesse exercido¹⁷⁷”, ou seja, esse instituto está vinculado à perda do próprio direito, em face de extrapolação de um

¹⁷² GUIMARÃES, Carlos da Rocha. **Prescrição e decadência**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 14.

¹⁷³ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, parte geral – vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 563.

¹⁷⁴ NADER, Paulo. E-book. **Curso de Direito Civil – vol. 1: parte geral**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 566.

¹⁷⁵ Não se pretende adentrar, para fins mais restritivos deste trabalho, nos intrincados debates da Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito sobre a distinção entre prescrição e decadência. No entanto, cabe mencionar, para os limites desta pesquisa, importantes distinções entre esses dois institutos, os quais atingem o ato jurídico e, conseqüentemente, os atos administrativos.

¹⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 473-491.

¹⁷⁷ LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do Direito Civil**. 4. ed. – atualizada pelo juiz José de Aguiar Dias -, Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 99

lapso temporal específico, seja legal ou voluntário. Assim, em um primeiro momento, pode se destacar que - quanto à interligação inicial entre esses dois institutos-, havendo um direito para o administrado, enquanto ele não for violado, não corre o prazo prescricional. E, ainda, da leitura do art. 189 do Código Civil supratranscrito, depreende-se que a prescrição extingue a pretensão, mediante decurso de um prazo específico.

Conclui-se então pela existência de um núcleo jurídico relevante aos dois institutos, principalmente no que diz respeito ao efeito do tempo no ato jurídico, conduzindo à conclusão que a prescrição e a decadência estão ligadas àqueles casos em que os interessados ou litigantes permanecem inertes, e deixam de impulsionar os seus direitos que, após o decorrer de um período, são então atingidos, mesmo que ainda de forma não intencional, o que leva à sua prejudicialidade. Nesse sentido, pode-se dizer que tanto a prescrição quanto a decadência são categorizadas então como ato-fato jurídico caducificante, com a consequente extinção de determinado direito – como ocorre na decadência -, ou com o encobrimento da pretensão – que se constata na prescrição-¹⁷⁸. Do acima descrito, a despeito do texto legal, não é evidentemente escorreito para parte da doutrina afirmar que a prescrição elimina ou suprime a pretensão, tendo em vista que ela somente a encobre, considerando que o direito subjetivo - caracterizado então como um “interesse exclusivo do seu titular diretamente protegido pela norma jurídica¹⁷⁹”-, caso não tenha transcorrido o prazo decadencial, permanece assim intacto.

Conforme lição do texto festejado de Agnelo Amorim Filho – Do Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e Identificar as Ações Imprescritíveis -, a prescrição está ligada a “todas as ações condenatórias, e somente elas¹⁸⁰”, e, dessa forma, estaria vinculada àquelas ações que tem em seu conteúdo uma prestação de dar, fazer e não-fazer. É de grande relevância considerar essa característica da prescrição, tendo em vista que é um dos elementos que a parte dispõe para solucionar o litígio, em nome da segurança jurídica.

Cabe mencionar ainda que o Código Civil, em seus artigos 197 ao 204, informa quais são as razões de interrupção, impedimento e suspensão do instituto da prescrição, as quais influenciam sensivelmente o andar do processo, sendo essencial mencioná-las nesse momento, haja vista a necessidade de serem bem observadas, tanto pelo gestor do erário quanto para o

¹⁷⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 188-192.

¹⁷⁹ CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 490

¹⁸⁰ AMORIM FILHO, Agnelo. **Do Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e Identificar as Ações Imprescritíveis**. In RT 300/7, São Paulo: RT, 1960, p. 763.

administrado que litiga no âmbito do processo administrativo, visando obter ao final um processo com justa e legal decisão

A relevância de trazer à baila a existência desses dispositivos consiste no fato de que o Código Civil detalha inúmeras situações em que a interrupção, o impedimento e a suspensão da prescrição se fazem presentes na relação jurídica ocorrida entre os particulares, demandando verdadeiro zelo que deverá ser adotado pelos litigantes, visando impedir o passar do prazo prescricional, com o intuito de se realizar quaisquer das providências prescritas em lei, podendo citar como modelo a constituição em mora do devedor, nos termos do art. 202, inc. V do CC¹⁸¹. No entanto, quanto ao que consta das normas referentes ao Direito Administrativo e ao processo administrativo não disciplinar, existe pouca ou nenhuma referência das situações que conduzem à interrupção, ao impedimento e à suspensão da prescrição, conforme pode ser notado ao se compulsar tanto a Lei 8.112/1990, bem como a Lei 9.784/1999.

Assim como nessas situações e em outras envolvendo os efeitos do tempo na relação jurídica, socorre-se o Direito Administrativo de outros ramos da ciência do Direito – como inicialmente mencionado-, e, no que diz respeito à prescrição, o Direito Civil, mediante a sua codificação, é o primeiro a trazer elementos relevantes para alimentar o campo epistemológico do Direito Administrativo. Todavia, embora tenha sido a primeira solução para o preenchimento de lacunas neste ramo do Direito Público, tal recurso inicialmente apresentou problemas.

Como salientado por André Hauriou, no Direito Privado “não se encontra mais que uma só categoria de sujeitos de direito ou de agentes jurídicos, tendo, em princípio, os mesmos direitos¹⁸²”. Mas no que toca ao Direito Público, esse quase sempre tem interesses públicos a administrar em uma relação jurídica com o particular - mesmo que ainda não tenha qualquer vínculo com a Administração Pública-, tornando a resolução da lide especialmente complexa, haja vista a necessidade eventual de ponderação de princípios.

O ato decisório, a ser eventualmente alcançado pela prescrição, é um ato administrativo. Nesse primeiro contato com o ato administrativo, para os fins aqui almejados, preocupa-se principalmente com a sua finalidade, e não na busca de um conceito jurídico para se encontrar

¹⁸¹ BRASIL. LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2019.

¹⁸² HAURIOU, André. **A utilização em Direito Administrativo das regras e princípio do direito privado**. Tradução de Paulo da Mata Machado. Revista do Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1945. F. I. fasc., p. 466.

o que é “verdadeiro ou falso”¹⁸³”, mesmo porque vários doutrinadores conceituam o ato administrativo de maneira distinta.

Como um Direito do Estado, o Direito Administrativo, mesmo que tenha um contato sistemático com os outros ramos da ciência jurídica, é orientado por princípios de Direito Público¹⁸⁴. É evidente que, no Direito Administrativo, não se pode deixar de considerar os seus avanços e retornos, em um movimento pendular, alternando entre um mecanismo voltado com instrumentos de um Estado Liberal e, posteriormente, apto a procurar por soluções do Direito Privado¹⁸⁵.

No entanto, não se pode olvidar da inter-relação entre o Direito Administrativo e o Direito Civil, principalmente no que diz respeito aos institutos que articulam a respeito do transcorrer do tempo nas relações jurídicas e, conseqüentemente, quanto à prescrição. Cita-se como exemplo os impactos que o Código Civil de 1916 trouxe para o Direito Público e para o Direito Administrativo da época, quanto ao tratamento que ele deu para a decadência e para a prescrição.

Conforme exposição intensa de Agnelo de Amorim Filho, o Código Civil de 1916 não trouxe uma definição do que realmente é a prescrição e a decadência, tratando os dois institutos como se fossem iguais, sem qualquer distinção¹⁸⁶. Depreende-se que essa maneira de agir do legislador poderia permitir que a norma administrativa disciplinadora destes institutos, no campo do Direito Público, cometesse as mesmas incongruências. Corre-se o risco então de incorrer em dois equívocos: i) importar os eventuais erros legislativos de um ramo epistemológico para o outro; ii) deixar de considerar as diferenças que existem entre os mais diversos ramos da ciência jurídica, valendo-se indevidamente de um instituto do outro campo, sem fazer as necessárias adaptações que são necessárias para a perfeita integração do sistema jurídico.

¹⁸³ Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, no que diz respeito ao conceito de ato administrativo, que esse deve ser orientado mediante um critério de utilidade, ou seja, “funcionalidade”, o qual deve ter o máximo de utilidade como uma ferramenta para o pesquisador do Direito. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 388-389.

¹⁸⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo do Brasil: apresentação do Direito Administrativo**. Vol. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 95-96.

¹⁸⁵ TÁCITO, Caio. **Transformações do Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro. 1998, p. 30.

¹⁸⁶ AMORIM FILHO, Agnelo. **Do Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e Identificar as Ações Imprescritíveis**. In RT 300/7, São Paulo: RT, 1960, p. 734.

Nesse sentido, a título elucidativo, aproveita-se para comentar dispositivo do Decreto 20.910/1932, com o fito de demonstrar que a previsão equivocada de um conceito no Direito Privado – mais precisamente no Código Civil, como acima citado por Agnelo Amorim -, pode trazer efeitos nos outros ramos do Direito Público e, no nosso caso, no Direito Administrativo, mais precisamente quanto à prescrição. Tanto o direito do administrado em face da Administração bem como o direito desta em contraponto ao direito do servidor ou do particular sofrem os efeitos do tempo, seja pela prescrição, seja pela decadência. Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari chamam a atenção para o comando que consta do art. 6º do Decreto 20.910/1932, o qual prescreve que “o direito à reclamação administrativa, que não tiver prazo fixado em disposição de lei para ser formulada, prescreve em 1 (um) ano, a contar da data do ato ou fato do qual a mesma se origina¹⁸⁷”.

Os doutrinadores supra trazem um alerta no sentido de que, embora o texto da norma supracitada tenha chamado o disposto no seu art. 6º de prescrição, fazendo com que o administrado tenha o prazo de um ano para exercer o seu direito de reclamação perante à Administração Pública, e assim reivindicar a sua pretensão, sob pena de “prescrição”, o instituto versa, a bem da verdade, sobre a decadência, e não acerca de prazo prescricional, considerando que este se relaciona a uma “ação jurisdicional”, esta sim sujeita a prazos prescricionais¹⁸⁸.

Ratifica-se nesse momento, novamente, que enquanto a prescrição busca alcançar a pretensão de ver o direito protegido, a decadência atinge o próprio direito subjetivo¹⁸⁹. A conclusão que se pode extrair do disposto no art. 6º do Decreto 20.910/1932 é que o mencionado equívoco tenha ocorrido exatamente porque, à época, nem o próprio Código Civil de 1916 trazia essa distinção, tendo sido assim deixado de lado por parte do legislador o zelo necessário quanto à distinção de ambos institutos, o que, por vezes, pode induzir ao aplicador do direito a adotar solução equivocada quanto da análise de uma decisão administrativa irregular. Ademais, ao importar o instituto da decadência – mesmo que denominado de prescrição -, para o Direito Administrativo, o art. 6º do Decreto 20.910/1932 trouxe prazo por assaz exíguo para o cidadão ou servidor público exercer o seu direito de reclamação perante o gestor do erário, evento que será aqui tratado posteriormente, quando estiver em análise o instituto da decadência.

¹⁸⁷ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 20.912, de 6 de janeiro de 1932. **Regula a prescrição quinquenal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>. Acesso em: 03 mar. 2020.

¹⁸⁸ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 39.

¹⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 254.

É de se notar realmente que o Direito Civil exerce grande influência no Direito Administrativo como aqui demonstrado, o que de modo algum pode ser rechaçado ou de pronto criticado, haja vista que ao sistema jurídico cabe essa troca de informações entre os institutos que se interagem, na busca do melhor recurso jurídico a ser colocado à disposição do cidadão, então titular de direitos fundamentais, e que exige cada vez mais um direito ajustado ao preenchimento das suas satisfações legítimas, não somente preso à estrita letra da lei e das normas de direito público. Todavia, há aqueles que advogam no sentido de que o Direito Civil deva ter uma aplicação secundária nas relações jurídicas disciplinadas pelo Direito Público¹⁹⁰. Isso aconteceria em face do dever de serem consideradas as peculiaridades que envolvem o nascimento do Estado e sua relação jurídica com o particular e com os mais distintos agentes e servidores públicos, principalmente quando se está diante de sua função administrativa.

De outra banda, é preciso trazer à baila que, após o surgimento do Estado de bem-estar social, o regime jurídico da Administração Pública procurou recriar e readaptar institutos do Direito Civil, e “passou a fazer um curioso caminho de volta¹⁹¹”. A forma como os serviços públicos são prestados e regulados pelo Direito Administrativo contemporâneo é um módico exemplo de como essa relação jurídico-administrativa vem se desenhando de maneira distinta no mundo hodierno, em corrente avanço na delegação de atividades a particulares e exigindo novos procedimentos, em aparente confronto com o entendimento inicial de que “La idea de servicio público se halla íntimamente vinculada con la del procedimiento de derecho público¹⁹².”

O Direito Administrativo provavelmente continuará utilizando-se de conceitos dos outros ramos epistemológicos da ciência jurídica e até mesmo de outros sistemas, dada a natural evolução dinâmica do sistema jurídico, e, quanto ao Direito Civil, ainda haverá essa interação, principalmente porque ele traz relevantes conceitos que se aproveitam praticamente a todos os campos dessa ciência, a exemplo dos conceitos de maioria civil, capacidade civil, entre outros que implicam no mérito da decisão administrativa, como a prescrição e a decadência¹⁹³.

¹⁹⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938, p. 25.

¹⁹¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 20.

¹⁹² JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo. Tomo II**. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 4.

¹⁹³ Apesar disso, devido a essa característica da relação jurídica administrativa entre o cidadão e o Estado, no campo do Direito Administrativo a importação de todo e qualquer instituto do direito privado ao direito público deve ser feita com primordial zelo, em face das impropriedades que podem ser ocasionadas, como até aqui demonstrado, principalmente em face da existência de interesses públicos envolvidos.

Busca-se atualmente – como já alertado desde o início nessa pesquisa –, alcançar uma relação jurídica que concretize direitos fundamentais, ou seja, uma verdadeira relação jurídica constitucional, tendo o cidadão como íntegro titular desses direitos¹⁹⁴, que não podem ser ignorados pelo Estado. Alerta-se, nesse momento, que a relação principal tratada nessa pesquisa é aquela referente ao servidor e a Administração que o remunera, possuindo peculiaridades a serem trabalhadas em outros capítulos da pesquisa. Por agora, relevante destacar que a delimitação de institutos como a prescrição, quando carreados para o Direito Administrativo, merece ser contextualizada juridicamente à luz desse Direito Público, sob o manto de uma verdadeira constitucionalização desse campo epistemológico.

2.1.2 Estado atual da prescrição em decisões administrativas irregulares: imposição de correção para a Administração Pública?

De início, é relevante destacar que não se pretende aqui percorrer os institutos da prescrição ou da decadência sob à luz do Direito Administrativo Disciplinar¹⁹⁵. Isso acontece em razão de esse campo epistemológico envolver peculiaridades que não podem ser trabalhadas de uma maneira singela, mas sim dentro de uma pesquisa favorável a desenvolvê-la como ela merece, ou seja, em pesquisa própria. É evidente que, quando necessário, será salutar mencionar alguns aspectos desse campo intrincado, para fins de correlação sistêmica e de integração dos campos jurídicos. Tal correlação existe pelo simples fato de que a Administração Pública ter o dever de bem gerir “bens e interesses pertencentes à sociedade devendo-se, destarte, primar pela máxima eficiência e lisura nessa missão conferida, praticando, assim, atos de gestão: atos administrativos¹⁹⁶”.

Concentra-se essencialmente aqui nos gastos da Administração Pública, no que diz respeito às vantagens concedidas aos servidores, bem como no ato de decisão irregular praticado pelo gestor público que concedeu tais vantagens, cuja visão irá se aproximar das atribuições dos tribunais de contas. Isso, porque esses órgãos exercem normalmente a

¹⁹⁴ MONCADA. Luís S. Cabral de. **A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 19.

¹⁹⁵ Os distintos pedidos postos à mesa do gestor são os mais diversos, os quais se abrem regularmente para outros campos do Direito, exigindo assim grande especialidade e conhecimento dos administradores. Essa influência dos outros ramos do Direito pode ser de pronto verificada mediante alguns exemplos, como a sua confluência com o Direito Ambiental, ao examinar, por exemplo, processos de licenças ambientais, ou ainda, quanto à sua relação com o Direito Penal, principalmente naqueles casos em que o gestor público toma conhecimento por si ou por outros meios que um servidor, vinculado a ele hierarquicamente, cometeu alguma infração disciplinar também tipificada como um crime.

¹⁹⁶ DEZAN, Sandro Lúcio. **Fundamentos de Direito Administrativo disciplinar**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 235-236.

fiscalização da despesa pública em quase todos os países¹⁹⁷. Volta-se aqui para as vantagens remuneratórias percebidas pelos servidores ou agentes públicos – principalmente gratificações, adicionais e outros auxílios financeiros –, e o efeito do tempo sobre todas essas parcelas, especificamente nesse momento no que diz respeito à prescrição e a forma que este instituto é apresentado pelas leis administrativas, vencido aqui o seu histórico originário carreado do Direito Civil.

A prescrição, como já dito antes, e adotando o festejado conceito de Agnelo Amorim Filho, tem como origem em um ato condenatório para uma prestação de dar, fazer e não-fazer. A relação estatutária jurídica que o servidor público brasileiro tem para com a Administração Pública, bem como o “exercício da função pública pelo servidor¹⁹⁸” lhe concede o direito de receber verbas remuneratórias, resultantes de planos de carreira legalmente estabelecidos, ou, em alguns casos, esses agentes recebem subsídios, os quais, em regra, são compostos de parcela única. Todavia, cabe ressaltar que, ainda que alguns agentes públicos como juízes e promotores recebam subsídios, esses agentes podem receber algumas parcelas distintas, a exemplo daquelas resultantes da acumulação de juízo¹⁹⁹, então percebidas pelos magistrados federais.

Inicialmente, traz-se para a discussão a prescrição que é citada na Lei 8.112/1990, ainda que essa norma não tenha sido a primeira que venha a tecer comentários sobre a prescrição no âmbito do Direito Administrativo, tendo sido precedida por outras, conforme será comentado em momento certo. No entanto, em face da relevância que o RJU recebe não somente para a Administração Pública Federal, mas também para o agente público a ele vinculado, faz-se necessário tentar aclará-lo, no que diz respeito à prescrição.

O Capítulo VIII da Lei 8.112/1990 versa sobre o direito de petição do servidor público em face da Administração, sendo que tal direito é colocado em um primeiro momento em sentido *lato*. Já no seu art. 110, o legislador infraconstitucional discorre pela primeira vez nesse texto sobre a prescrição, com os seguintes dizeres “o direito de requerer prescreve... I- em 5

¹⁹⁷ Os tribunais de contas têm essa função de fiscalizar os gastos públicos, sob o aspecto da “legalidade e regularidade financeira dos atos produtores de despesa pública, como CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 480.

¹⁹⁸ BORDALO, Rodrigo. **Servidores Públicos: Lei 8.112/1990 (Coleção soluções de Direito Administrativo: Leis Comentadas. Série I: administração pública; volume 4**. Irene Patrícia Nohara, Fabrício Motta, Marco Praxedes, coordenação). São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. p. 35.

¹⁹⁹ A lei 13.093/2015 é uma das exceções à parcela única do subsídio devida aos magistrados, a qual consiste no pagamento de uma gratificação que é devida aos magistrados federais que venham a exercer a jurisdição em mais de um órgão jurisdicional da justiça federal. BRASIL. LEI Nº 13.093/2015, de 12 de janeiro de 2015. **Institui a gratificação por exercício cumulativo de jurisdição aos membros da Justiça Federal e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13093.htm>. Acesso em: 04 jul. 2020.

(cinco) anos, quanto aos atos de demissão e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou que afetem interesse patrimonial e créditos resultantes das relações de trabalho²⁰⁰”.

É preciso, em um primitivo instante, à luz do que foi até aqui exposto sobre a prescrição, distinguir se o conceito carreado pela Lei 8.112/1990, no que diz respeito à prescrição, conforme acima transcrito, trata-se de decadência ou de prescrição, em função de tal distinção ser de grande relevância na solução que deverá ser adotada pelo administrador público visando entregar o melhor deslinde para o caso concreto, considerando que: a depender do caso, a decadência poderá atingir ao próprio direito ou, de outra banda, tratando-se de prescrição, o efeito do tempo atingirá, em regra, a própria prestação.

Observa-se que o já transcrito art. 110 da Lei 8.112/1990 traz abordagem sobre o “direito de requerer”. Novamente, aproveita-se para relembrar a lição de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, no que diz respeito aos contornos da prescrição, no sentido de firmar que esse instituto deve versar sobre “ação jurisdicional²⁰¹” que venha a proteger um direito específico, no caso, aquele pertencente ao agente público em face do Estado. Assim, como o disposto no art. 110 da Lei 8.112/1990 não versa acerca de “ação jurisdicional” protetiva, mas sim sobre o “direito de requerer”, nota-se o mencionado dispositivo se aproxima do art. 6º do Decreto 20.910/1932, já comentado em outra oportunidade, quando então firmou-se pelo juízo de que ele dispunha, a bem da verdade, sobre a decadência e não prescrição.

Dessa maneira, feita essa aproximação do disposto no art. 110 do RJU com o instituto da decadência, retoma-se aos esforços do Decreto 20.910/1932, cujo art. 1º traz em seu corpo novamente a expressão “prescrição”, por assim dizer: “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos²⁰²...”. Embora o mencionado dispositivo não fale diretamente de uma “ação jurisdicional”, visando a proteger direito específico, pode-se inferir da leitura do art. 1º do Decreto 20.910/1932 que ele realmente versa sobre prescrição, considerando que ele trata de modo expreso sobre dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios – ou seja, o direito a um valor ou prestação a ser fornecida

²⁰⁰ BRASIL. LEI Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 05 jul. 2020.

²⁰¹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 266.

²⁰² BRASIL. Decreto-Lei nº 20.912, de 6 de janeiro de 1932. **Regula a prescrição quinquenal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>. Acesso em: 03 mar. 2020.

pelo erário -, bem como de direito ou ação, sendo que a menção a esta última palavra, qual seja, “ação”, faz-se concluir que o dispositivo realmente abrange também a prescrição, fixando o prazo de cinco anos para o alcance da pretensão ou prestação.

Dessa feita, mesmo considerando que o tempo “é neutro, necessariamente idêntico para todos os seres²⁰³”, é relevante destacar que, para cada parte, ele também produz os seus efeitos. É de se observar que o art. 1º do Decreto 20.910/1932 versa sobre o tempo prescricional de cinco anos para o administrado acionar o Estado e, assim, exigir a sua prestação ou pretensão. No entanto, de igual relevância para a Administração é identificar o prazo prescricional para ela, representada por seu gestor, dirigir-se até ao cidadão – ou, para fins desta pesquisa, ao servidor ou ao agente público -, e exigir as parcelas remuneratórias que foram indevidamente pagas pelos cofres do erário.

Esse prazo prescricional, considerado de maneira técnica como aqui já apresentado, a ser então observado pela Administração com o intuito de alcançar o servidor público para que este venha a devolver o que lhe foi pago irregularmente, não consta expressamente das normas dirigidas especificamente a vantagens de pessoal em âmbito federal. Assim, surge então dúvida que permeia o gestor público diante de casos concretos, em que ele identificou o pagamento irregular tempos depois do ato decisório irregular: qual seria esse prazo prescricional – e não decadencial -, a ser adotado para a Administração Pública?

Almiro do Couto e Silva advoga no sentido de que deve ser adotado o prazo prescricional de cinco anos, constante do art. 21 da Lei da Ação Popular – Lei 4.717/65 -, para que a Administração Pública então exerça a pretensão e as ações de invalidação de todos os seus atos administrativos²⁰⁴. Nota-se que esse prazo é o mesmo que tem o administrado ou o agente público para acionar os cofres públicos, visando a recomposição do seu patrimônio, nos termos do já mencionado Decreto 20.190/1932.

Nesse sentido, quando se estiver diante da ausência de um prazo legal prescricional no âmbito do Direito Administrativo, para que a Administração Pública então busque o agente público com o intuito de que ele venha a restituir ao erário em face de pagamentos indevidos, infere-se, pelo disposto até aqui, que o melhor prazo a ser adotado pelo gestor público é o de

²⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 31.

²⁰⁴ SILVA, Almiro do Couto e. **Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos**. São Paulo: RDA, n. 204, 1996, p. 30-31.

cinco anos, constante tanto da Lei de Ação Popular (art. 21)²⁰⁵, como também do Decreto 20.910/1932, podendo tal prazo ser utilizado nos casos concretos por analogia.

A distinção aqui evidenciada, no que tange a diferenciar os institutos da decadência e da prescrição, é de grande valia nas situações fáticas que envolvem o pagamento irregular de parcelas remuneratórias aos servidores. Isso, porque, em algumas ocasiões, o direito não pode vir a mais ser alcançado, haja vista que extinto em face do transcurso do prazo decadencial. Mas, em outras ocasiões, os valores que tiveram origem em tal direito ainda podem ser recuperados.

Acontece assim porque as parcelas remuneratórias percebidas pelos agentes públicos são repetidas mensalmente, sendo que os valores percebidos de maneira irregular podem ainda ser restituídos ao erário, desde que não tenha transcorrido o prazo prescricional de 5 anos, considerando que, ao fazer uso novamente dos ensinamentos do Direito Civil, infere-se que a prescrição está vinculada a um pedido condenatório – no caso, de restituição das parcelas indevidas -, e não constitutivo, positivo ou negativo, que são aqueles pedidos referentes à decadência administrativa²⁰⁶, que então tornam o direito estabilizado. A mesma situação vale também para o administrado: certas parcelas – a exemplo de reembolso por aquisição de plano de saúde -, pode ser solicitada a qualquer tempo – desde que não exista vedação legal -, mas não caberia ao administrado requerer ao erário parcelas devidas há mais de cinco anos, por já estarem prescritas.

Surge então um novo questionamento que agora pode ser aqui levantado, à luz das novas maneiras contemporâneas de análise e tratamento do Direito Administrativo, considerando o aqui já exposto sobre o Princípio da Juridicidade: a prescrição pode ser desconsiderada em face de peculiaridades do caso concreto? Retoma-se então nesse momento alguns aspectos sobre a juridicidade, ou melhor, sobre o Princípio da Juridicidade em correlação com o ato administrativo decisório e a sua suposta particularização como “mandamentos genéricos e abstratos veiculados na lei²⁰⁷”, no que diz respeito ao possível alcance sobre o instituto da

²⁰⁵ BRASIL. Lei 4.717, de 29 de junho de 1965. **Regula a ação popular**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 09 jul. 2020.

²⁰⁶ NEVES, Gustavo Kloh Müller. **Prescrição e Decadência no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 24.

²⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 34.

prescrição e as implicações nos processos administrativos que envolvem vantagens remuneratórias aos servidores e agentes públicos da Administração.

De início, traz-se repetidamente para a discussão a Lei 8.112/1990, a qual contém dispositivo essencialmente acentuado para fins de aplicação da prescrição. O dispositivo supracitado, qual seja, o art. 112 da Lei 8.112/1990, dispõe o seguinte: “a prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração²⁰⁸”. Assim, cabe agora uma reformulação da pergunta inicial, com a intenção de expor com outro olhar, agora considerando o direito posto na norma, conforme supra: o gestor público, nas situações fáticas que lhe são apresentadas, poderia afastar a prescrição e, conseqüentemente, atender ao administrado diante de um outro direito que este tenha ou em face de erro da própria administração?

Em algumas ocasiões, o servidor público pode ser prejudicado sem qualquer contribuição de sua parte, e, ainda pior, pode nem mesmo ter ciência de que foi, em algum momento, prejudicado. Ora, mesmo que a norma não traga uma solução específica para esse caso, isso não quer dizer que o operador do Direito não tenha um olhar para tal distinção. Isso, porque os modelos de decisão são originados do caso concreto, para então só depois dar origem à abstração da norma²⁰⁹. Para se visualizar melhor, a título de exemplificação, traz-se um caso ilustrativo em que um agente público, que percebia determinada vantagem remuneratória, a exemplo de um auxílio-saúde e, em face de uma atualização realizada pela área técnica da Administração em sua folha de pagamento, deixou de percebê-la – por simples engano operacional, ocorrida no sistema de pagamento -.

É de se reforçar que as vantagens e as parcelas constantes dos vencimentos e dos proventos dos servidores públicos devem ser originárias de leis, conforme dispõe o estatuto jurídico dos servidores públicos federais e, devido a isso, a *contrario sensu*, deixar de perceber uma referida parcela, quando se preencha devidamente os requisitos da lei e da norma, fere a relação jurídica existente entre a Administração Pública e o agente que lhe é vinculado; e mais, cabe ainda lembrar que essa relação jurídica entre o servidor e a administração que o remunera é uma relação jurídica estatutária, a qual é ou pelo menos deveria ser conhecida tanto pelo agente como pelo gestor do erário.

²⁰⁸ BRASIL. LEI Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

²⁰⁹ LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da boa-fé e decisão administrativa.** Coimbra: Almedina, 2011, p. 288.

Ainda que os direitos de petição e de representação sejam garantias políticas e estejam constitucionalmente previstos aos administrados²¹⁰, é de se perceber ainda que o servidor público, principalmente em face de sua afinidade estatutária com o Estado, tem o dever de conhecer as regras delimitadoras de sua relação jurídica junto à fazenda que o remunera. E, no que diz respeito ao pagamento de parcelas remuneratórias, seja mediante vencimentos, seja por meio de proventos, tal conclusão não pode ser diferente, haja vista que no regime jurídico estatutário do agente público há previsão de inúmeras regras sobre gratificações e adicionais, e, ainda, sobre prazo prescricional afeto ao seu interesse.

Sabe-se que a despesa de pessoal é responsável por déficits nominais recorrentes, em face de ser uma despesa obrigatória²¹¹. Assim, no que diz respeito a parcelas remuneratórias, que também compõem a despesa de pessoal, a inobservância de algumas regras por parte do gestor podem levá-lo a descumprir as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal, no que diz respeito ao limite total de despesa de pessoal – conforme art. 18 desta norma e seguintes²¹²-, comprometendo as metas fiscais do órgão, além de ter o potencial de prejudicar politicamente o chefe do Poder e conduzi-lo a responder perante à Justiça e ao tribunal de contas competente para a análise da matéria.

Nesse sentido, considerando que a lei é o ponto de partida para o gestor decidir, o tempo prescricional constante do art. 112 da Lei 8.112/1990 não pode, em regra, deixar de ser observado pelo administrador do erário. No entanto, é por evidente que princípios e normas constitucionais devem ser utilizados para a solução de casos concretos, e, desse modo, em situações muito específicas, o prescrito no dispositivo mencionado poderia até mesmo ser afastado, em nome da concreção de direitos fundamentais.

Para tanto, é de se destacar, como já trabalhado na presente pesquisa no primeiro capítulo, a importância nos dias de hoje do emprego de princípios constitucionais para a resolução de litígios administrativos, haja vista que a lei não consegue – e nem deve, em razão de seu caráter geral -, solucionar todos os conflitos. Nesses princípios residem múltiplas

²¹⁰ CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 478.

²¹¹ GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 16. ed. revista, ampliada, revista e atualizada. São Paulo: Atalhas, 2012, p.6.

²¹² BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 101, de 04 de maio de 2000. **Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

funções, e uma delas é a de destacar a capacidade argumentativa, a qual é mais abrangente do que a própria lei.²¹³

Conclui-se que a prescrição, em face de sua disposição normativa no sistema, seja no Direito Administrativo ou em outros ramos da ciência jurídica como o Direito Civil, é um instituto que, em regra, não pode ser relevado, e, somente em casos muito excepcionais, à luz da juridicidade e da Constituição Federal, poderá vir a ser afastado no caso concreto, buscando-se assim elevar a qualidade da decisão administrativa entregue à parte que litiga. Como logo se verá e já parcialmente tangenciado nesta seção, a norma traz à baila situações em que a prescrição é confundida equivocadamente com a decadência, sendo que esta, como já fora brevemente dito, é capaz de atingir de morte o próprio direito do administrado ou do erário. Dessa feita, os seus contornos, no que diz respeito essencialmente para os fins desta pesquisa, serão apresentados na próxima seção.

2.2 Análise dos aspectos fáticos acerca da aplicação da decadência sob à luz do Direito Administrativo contemporâneo e reflexos na decisão administrativa irregular.

A seção anterior trouxe exterioridades proeminentes para o deslinde do problema de pesquisa sobre a prescrição e a sua respectiva utilização no campo epistemológico do Direito Administrativo e, nesse momento do trabalho, necessário se faz ir adiante, para então trabalhar alguns aspectos da decadência administrativa. Aquele que labora com processos e procedimentos na Administração Pública, referentes à folha de pagamento, tem completo conhecimento da importância de se bem manusear tanto a prescrição quanto a decadência.

Relações jurídicas no âmbito do Direito Administrativo, como já dito inicialmente nesse trabalho, são permeadas por princípios específicos desse ramo do Direito, e, para fornecerem subsídios que permitam desenvolver e solucionar o problema de pesquisa, tratar-se-á de um modo mais detido sobre a relação jurídica havida entre o interessado agente público e as parcelas recebidas por ele em face da contraprestação de seu trabalho, as quais são conhecidas como prestações de trato sucessivo.

Considerando que o pagamento das vantagens remuneratórias se repete mês a mês, é natural que surjam diversos questionamentos no que tange à expiração do prazo para se pagar determinada parcela ao servidor ou, ainda, exigir-lhe a restituição de vantagens indevidas.

²¹³ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. E-book. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 72.

Exatamente por terem essa característica singular, ao final dessa seção serão abrangidos alguns casos concretos de atos irregulares na Administração pública, com o intuito de analisar, no que se faz aqui necessário, a possibilidade ou não de afastamento da decadência pelo gestor do erário, à luz do Princípio da Juridicidade.

2.2.1 Alcance da decadência nas decisões administrativas irregulares: relação jurídica entre a Administração e o interessado servidor público em face de prestações de trato continuado

A importância do tempo se mostra mais saliente quando levantada como instrumento para a resolução de lides, principalmente mediante a condução de um processo administrativo, mirando a concretização de direitos sociais²¹⁴. Especificamente quanto ao Direito Administrativo²¹⁵, a decadência – assim como a prescrição, então já trabalhada-, também ostenta relevante missão, tendo em vista que a sua origem percorre por uma carência de estabilização das relações jurídicas, sendo que, na arena do Direito Público, ela possui contornos característicos que precisam ser trabalhados, principalmente no que tange à decisão administrativa irregular que concedeu vantagens remuneratórias.

A decadência conjectura um direito que, apesar de originado, deixou de se concretizar efetivamente pela ausência de seu exercício²¹⁶. Esse direito do administrado pode envolver direitos fundamentais, e, não menos importante que a prescrição, a decadência no âmbito do Direito Administrativo também deve ser avaliada atualmente sob à luz do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, bem como do Princípio da Juridicidade, com o intuito de cada vez mais proporcionar a integração do sistema jurídico, em confronto com as questões referentes às relações jurídicas entre servidor e a Administração Pública.

A decisão administrativa não pode se confundir com a vontade psicológica do agente que vai emití-la, mas sim deve estar amparada na vontade instrumental da Administração, com a intenção de atingir um fim público²¹⁷. Ademais, no momento em que se encontra o Direito

²¹⁴ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/99**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 84.

²¹⁵ Essa faceta do tempo é ainda facilmente perceptível naquelas relações que envolvem a assistência social, a seguridade e políticas públicas. Dirigido à presente pesquisa, surgem importantes questionamentos, a exemplo da existência ou não de prazo decadencial para se constituir um crédito previdenciário por exemplo, considerando a sua natureza jurídica tributária – embora também tenha uma natureza alimentar.

²¹⁶ LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do Direito Civil**. 4. ed. – atualizada pelo juiz José de Aguiar Dias -, Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 101.

²¹⁷ DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo e segurança jurídica**. GERMANOS, Paulo André Jorge (coordenador), *In: Segurança Jurídica: coletânea de textos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 4.

atual, muitos defendem não mais ser permitido aplicar as normas no campo do Direito Administrativo utilizando-se somente do Princípio da Legalidade estrita, considerando que todas as relações jurídicas que envolvem o Estado e seus administrados possuem uma dinâmica em que todo o sistema normativo deve ser sopesado antes de se decidir sobre um litígio específico.

O sistema, em alguns momentos, dá grande valor ao Princípio da Legalidade, conferindo uma preeminência dele sobre a proteção da confiança do administrado²¹⁸. No entanto, o Princípio da Juridicidade veio então para preencher os espaços em que o Princípio da Legalidade não consegue alcançar a sua real finalidade, qual seja, buscar correlacionar o interesse público com a concretização de direitos fundamentais, como já dito aqui anteriormente, sendo que o interesse público apenas pode ser considerado superior ao interesse privado “na medida posta pelas normas constitucionais e legais²¹⁹”.

A decadência, em benefício aos princípios da Confiança do Administrado e da Segurança Jurídica, surge desse modo como um instituto de direito material, com características peculiares, e incide sobre o próprio direito com efeitos sobre as ações do tipo constitutivas. Dessa maneira, caso venha a ser alcançado o prazo decadencial, a parte interessada, em regra, não mais poderá anulá-lo ou invalidá-lo, tendo em vista que o mesmo direito foi exterminado. Esse mesmo instituto, também vinculado ao tempo e que atinge a essência do direito potestativo²²⁰, aqui se distingue da prescrição, haja vista que esta última está normalmente vinculada à ação que se destina a alcançar os efeitos que nascem da aquisição daquele.

Ainda, é de se relevar que, conforme ensina Inácio de Carvalho Neto, a decadência está relacionada aos direitos que são potestativos e que ainda têm prazo fixado em lei²²¹. Como já é bem sabido pelo operador de conceitos jurídicos, direitos potestativos são aqueles em que o seu detentor pode exercer influência no âmbito de interesses de outro, independentemente da anuência deste. Como exemplo, pode-se citar o direito de anular determinado ato jurídico. Devido a isso, faz-se de bom alvitre destacar que esse mesmo direito de anular ou invalidar um ato, e o respectivo prazo para tanto, é bem trabalhado por vastos doutrinadores, e, assim,

²¹⁸ SILVA, Almiro do Couto e. **Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo**. RDP 84, p. 36.

²¹⁹ DEZAN, Sandro Lúcio, CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Processo administrativo: Lei 9.784/99**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 53.

²²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal: comentários à lei nº 9.784/1999, de 29.1.1999**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 254.

²²¹ CARVALHO NETO, Inácio de. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Volume I – Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2017, pp. 480.

relevante analisar a doutrina no que diz respeito à invalidação dos atos administrativos, sob à luz do Direito Administrativo moderno, no que tange à necessidade de delimitar o seu impacto na decisão administrativa irregular.

Segundo ensinam Romeu Felipe Bacellar Filho e Ricardo Marcondes Martins²²², são três as teorias largamente reconhecidas pela doutrina, no que tange ao limite temporal para se invalidar um ato, quais sejam: a) corrente negativa; b) corrente afirmativo-dicotômica; c) corrente afirmativo-unitária. Trazer aqui informação sobre a existência dessas correntes faz-se necessário em razão de se identificar qual delas está ou, pelo menos, estaria em maior consonância com a evolução do Direito Administrativo e a sua posição atual, principalmente considerando um olhar contemporâneo, sob à luz do Princípio da Juridicidade, aplicando o disposto na Constituição Federal para fins de efetivar direitos fundamentais. Dentre essas correntes, é de se destacar a denominada de afirmativo-unitária, a qual ensina que, quando inexistir prazo para desfazer ou desconstituir um ato ou, no caso a aqui a ser estudado, de uma decisão administrativa ilícita, deverá assim ser abraçado o prazo de 5 anos para tanto, independentemente de existir relevante gravidade do vício detectado. Essa, nos dias atuais, é a vertente mais defendida.

Dada a relevância em que se dá ao Princípio da Segurança Jurídica, a corrente acima mencionada, qual seja, a afirmativo-unitária, é a que confere uma solução mais previsível pelas partes no Direito Administrativo, haja vista que, diante da ausência de um prazo fixado na norma ou na lei para se declarar a nulidade da decisão irregular, ao adotar um prazo fixo de 5 anos, atinge-se uma previsibilidade por parte dos litigantes e também para aquele que vai decidir, embora, em algumas situações, deve-se observar as condições particulares que envolvem o litígio. Existe um grande número de leis que adotam esse prazo de cinco anos, a exemplo do Decreto 20.910/1932, da Lei de Ação Popular (Lei 4.717/1965), da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e da Lei 9.873/1999 (que fixa em cinco anos o prazo da ação punitiva da Administração Pública no exercício do poder de polícia)²²³.

Nessa esteira, cabe ressaltar que existem formalidades necessárias e essenciais que são prescritas pela lei, e, caso não observadas, o ato não será válido²²⁴, e, portanto, nulo. No entanto,

²²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, MARTINS, Ricardo Marcondes. **Ato administrativo e procedimento administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 301-302.

²²³ FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 269.

²²⁴ CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 525.

o prazo para se anular um ato considerado como apenas anulável poderia ser menor, em face de que, nesse caso, o prejuízo que abraça os praticantes de um ato jurídico específico poderá ser suportado por eles próprios, assumindo os próprios riscos e danos, considerando que, em razão da complexidade das relações jurídicas privadas, essas nem sempre atingirão somente uma direção, admitindo inúmeras soluções. No entanto, em face da importância de um ato acentuado como nulo, a própria legislação o presume de difícil reparação, e, por essa razão, deverá ser conferido um prazo mais largo para anulá-lo. Entende-se que essa seria a lógica de constarem tempos distintos para a caracterização da decadência no Código Civil, a exemplo dos prazos de decadência diferentes que constam no art. 119, parágrafo único (prazo para anular a representação) e art. 178 (prazo de decadência para anulação do negócio jurídico) desse código²²⁵.

Cabe, porém, investigar se existem fatos excepcionais que, sob o olhar do Direito Administrativo, principalmente considerando o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, podem assim afastar a decadência, mediante a aplicação da conhecida autotutela administrativa. Haveria assim um ato ou uma decisão administrativa tão eivada de vício de Direito repulsivo, que venha a autorizar a administração pública, por meio de seu gestor, a afastar ou a remover o respectivo ato em face da gravidade do desrespeito à lei, mesmo que já ultrapassado o prazo decadencial? Examinar casos concretos, à luz da legislação e da Constituição Federal, pode oferecer a resposta ou, pelo menos, um raciocínio para apresentar uma solução.

2.2.2 Casos concretos de atos irregulares na Administração: avaliação da possibilidade ou não de afastamento da decadência pelo gestor, à luz da juridicidade

A quantidade de situações fáticas que surgem para o gestor público de pessoal avaliar se mostra entre as mais ricas, e boa parte delas possui características singulares, cuja solução por vezes não se encontra na lei em sentido estrito, tendo o administrador público de se socorrer à amplitude do sistema jurídico. A relação jurídica entre o servidor e a Administração é regulada por um estatuto, que, em alguns momentos, facilita a decisão, mas, em outros, não traz a solução ótima que o caso concreto merece²²⁶.

²²⁵ BRASIL. LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 jul. 2020.

²²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36.

Os mais distintos modelos podem ser mencionados aqui, quando o assunto versa sobre a área de pessoal. Tomando como exemplo hipotético, cita-se a possibilidade de anulação do ato de nomeação de um servidor público que, a despeito de empossado em seu cargo mediante concurso público há mais de cinco anos, tenha se aproveitado de certificado falso de curso superior para acesso ao cargo em questão, sendo que tal formação é a exigida para o ingresso no cargo.²²⁷

Considere-se também, adicionado ao fato acima aludido, que aquele mesmo servidor tenha se comportado durante todo o tempo como um perfeito agente público de cargo efetivo, realizando todas as atribuições inerentes ao cargo, a despeito do vício que consta da comprovação técnica para o exercício desse relevante mister para o Estado de Direito. Ora, considerando que a base jurídica para a invalidação é o dever de submissão ao Princípio da Legalidade²²⁸, e, ainda, diante de violação ao princípio constitucional de investidura em cargo ou emprego público mediante aprovação em concurso público, nos termos do art. 37, inciso II da Constituição Federal ²²⁹ – aprovação esta que deve ser regular-, apresenta-se a seguinte pergunta: a partir de qual momento iniciou-se o direito de a Administração anular o ato?

Imagina-se que o mais acertado, do ponto de vista do texto constitucional, é concluir que, mesmo tendo eventualmente passado em um concurso público organizado pelo Estado, para aquele candidato em específico o certame imaginado não teve validade, considerando que se utilizou de meio fraudulento incapaz de lhe conferir o título necessário para o acesso ao cargo público, requisito este *sine qua non* para o preenchimento da vaga. Uma explicação para que isso venha a acontecer é que, com o surgimento do Estado de Direito, todo ato estatal deve ser analisado sob à luz do Constitucionalismo, em conjugação com o Princípio da Legalidade²³⁰.

Traz-se agora, para fins de análise subsequente, o conteúdo do art. 54 da Lei 9.784/1999, que assim prescreve: “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

²²⁷ GOMES, Fábio Bellote. E-book. **Elementos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 313.

²²⁸ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. Temas de Direito Administrativo, vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 82.

²²⁹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 jul. 2020.

²³⁰ ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Mármora. **O princípio da motivação no processo administrativo**. FIGUEIREDO, Lucia Valle (coordenadora), *In: Ato Administrativo e Devido Processo Legal*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 111.

foram praticados, salvo comprovada má-fé²³¹”. É, desse modo, relevante mencionar que, para o Supremo Tribunal Federal, não há decadência do direito de anular um ato administrativo que imprima desrespeito direto à Constituição Federal, ou, mais precisamente, não se aplica o art. 54 da Lei 9.784/1999 para situações flagrantemente inconstitucionais²³².

Infere-se do acima exposto que o festejado “caput” do art. 54 da Lei nº 9.784/1999 não é dotado de poder absoluto sobre qualquer ato, principalmente quanto àqueles flagrantemente inconstitucionais. Note-se que no caso fictício apresentado, o concursando utilizou-se de má-fé para se inscrever no certame, com ciência plena da irregularidade, fazendo uso de diploma inválido. Desse modo, em um primeiro momento, deveria assim incidir na situação fática apresentada a parte final do “caput” do art. 54 da Lei nº 9.784/1999, com a intenção de afastar a possibilidade de o ato ilegítimo ser protegido pelo prazo quinquenal da decadência.

Nesse instante, cabe salientar que o aqui tratado se assemelha a atos ampliativos de direito²³³, ou seja, atos que concedem vantagens aos agentes, a exemplo de parcelas remuneratórias, contudo, a presente análise é dirigida nesse momento sob o ponto de vista da Administração Pública. Assim, a parte final do supracitado dispositivo tem por intenção proteger a Administração e, porque não, também o próprio Estado e a sociedade - em face da aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público-, daqueles que buscam obter um benefício ou qualquer outra vantagem valendo-se de um artifício irregular, com plena ciência de tal conduta, o que, por si só, faz esclarecer o real motivo pelo qual não se pode alegar a decadência como proteção do ato deliberadamente ilícito.

Apesar disso, quando o art. 54 da Lei nº 9.784/1999 deixa assim de atribuir qualquer prazo decadencial para o ato administrativo eivado de má-fé, então criador de efeitos favoráveis aos administrados, estaria tal dispositivo da lei, a bem da verdade, autorizando a Administração a anular a qualquer tempo a decisão administrativa conspurcada por vício deliberadamente conhecido e desejado por aquele que praticou. Ao menos é isso que se infere de uma primeira leitura desse artigo.

²³¹ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 19 jul. 2020.

²³² Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 28.279/DF**. Relatora: ELLEN GRACIE. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 16 dez. 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3766866>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

²³³ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. Temas de Direito Administrativo, vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78.

Nessa ocasião, ressurgem ao mesmo tempo indagações tão proeminentes e debatidas no campo doutrinário e jurisprudencial em nossos dias: o fato de existir permissão legal para a Administração desfazer a qualquer tempo a decisão administrativa eivada de vício de nulidade em que se comprovou a má-fé, mediante o afastamento da aplicação do prazo decadencial, infringe o Princípio da Segurança Jurídica? Relevantes doutrinadores afirmam que sim, a exemplo do que se pode extrair do pensamento de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari. Eles advogam no sentido de que a expressão “salvo comprovada má-fé”, prescrita na parte final do art. 54, “caput” da Lei nº 9.784/1999, da forma em que foi redigida e sem constar qualquer limitador é inconstitucional, em face de contrariar o princípio da razoabilidade.²³⁴

No mesmo caminho ensina ainda Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que quando o ato tiver sido praticado pelo administrado com má-fé, deverá então o gestor se socorrer em analogia com o direito privado, adotando o prazo de 10 anos para a anulação do ato, conforme prescreve o art. 205 do Código Civil²³⁵. Veja que, em um primeiro momento, o que salta aos olhos é o fato de, considerando o que já posto até agora, em uma leitura fria do art. 54 da Lei 9.784/1999, um determinado servidor público, receptor de uma parcela irregular de salário ou de proventos há muitos anos – mais de cinco anos –, venha a deixar de perceber tal vantagem, a qualquer tempo, após o gestor público perceber a ilicitude provocada pelo próprio administrado, utilizando-se de má-fé, o que, como disposto, recebe crítica de parte da doutrina.

Ao utilizar-se de um esforço exegético, depreende-se que o legislador assim colocou na norma devido à gravidade do ato do servidor, o qual, de forma intencional, provocou a percepção de uma vantagem da qual ele não teria direito, em séria ofensa, no mínimo, ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público – que preconiza o dever da autoridade agir²³⁶ –, motivo pelo qual o legislador achou por bem não assentar o direito irregular obtido com má-fé sob o manto da decadência, haja vista que o próprio agente sempre teve ciência de que dela não era merecedor e, portanto, não lhe subsiste qualquer quebra de expectativa de sua parte.

²³⁴ FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 268.

²³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1092.

²³⁶ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo moderno**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 143.

Relevante complementar que, conforme apresenta Almiro do Couto e Silva, a segurança jurídica é dotada de duas partes, sendo que a primeira possui natureza objetiva, abrangendo questões referentes à retroatividade de atos do Estado e, a segunda, de natureza subjetiva, a envolver a devida segurança a ser proporcionada à confiança dos cidadãos pertinentes aos atos desse mesmo Estado²³⁷. No entanto, vê-se com dificuldade defender uma proteção à confiança daquele agente público que litigou ou usou de má-fé no trato com a Administração Pública, considerando que, desde o início da sua relação jurídica com o Estado, o administrado já tinha consciência da ilicitude de seus atos e, ainda, pela presunção de que ele bem conhece o estatuto que rege as suas relações com a Administração Pública.

Seguindo quanto à decadência, a Lei nº 9.784/1999 traz um outro aspecto relevante, que consiste no disposto do art. 54, § 1º da Lei nº 9.784/1999, o qual prescreve o seguinte: “no caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento”²³⁸. A distinção que consta no dispositivo acima tem razão de ser. Aqui, os fatos econômicos contínuos influenciam o direito, direcionando a norma a tratar de modo diferente as situações que envolvem efeitos patrimoniais de trato sucessivo. Essa relação de causalidade entre os sistemas Econômico e de Direito por vezes programam o curso dos fatos²³⁹. Ao analisar o texto legal acima transcrito, chama-se atenção a uma diferença destacada pela lei, qual seja, aquela existente entre um ato causador de um efeito pontual ou denominado de exauriente, e a de um ato cujos efeitos são dinâmicos ou contínuos²⁴⁰, muito perceptíveis diante daquelas decisões concessoras de vantagens aos servidores públicos, tema que aqui é foco do presente trabalho.

Assim considerando, note-se que os atos administrativos podem criar direitos originadores de implicações patrimoniais que neles se exaurem, ou, ainda, que sejam resultantes de efeitos contínuos. Enquanto os primeiros são aqueles que em um só ato se completam, a exemplo da prestação de uma indenização em face de o servidor ter usado o seu próprio meio

²³⁷ SILVA, Almiro do Couto e. **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)**. Rio de Janeiro: RDA, n. 237: 271-315, 2004. p. 3.

²³⁸ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 19 jul. 2020.

²³⁹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 51.

²⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 259.

de transporte em uma determinada diligência, os segundos são produtores de efeitos contínuos, prolongando-se no tempo, a ter como exemplo o pagamento de uma gratificação por exercício de atividade judiciária, cujo servidor do Poder Judiciário que a percebe possui o direito de tê-la em seus vencimentos todo mês²⁴¹.

Nessa linha, faz-se relevante despontar a lição de José dos Santos Carvalho Filho, dispondo que o prazo decadencial constante do art. 54, § 1º da Lei nº 9.784/1999, orientado àqueles atos que produzem efeitos patrimoniais sucessivos, é de natureza caracteristicamente decadencial, e tem a intenção de proteger o administrado que vem percebendo uma vantagem específica e determinada por mais de cinco anos, continuamente²⁴². Em correlação ao apontado por este doutrinador, é de se ressaltar o fato de não se permitir embaralhar o prazo para a Administração anular um ato originário de efeitos benéficos ao administrado – de natureza decadencial-, com aquele outro prazo para o exercício de uma específica pretensão e vinculado a uma ação, que é prescricional, esse último disposto no Decreto nº 20.910/1932.

Conduz-se assim ao entendimento de que se um determinado ato jurídico administrativo – devidamente legal, concreto, impessoal e de acordo com a Constituição²⁴³-, venha a produzir implicações patrimoniais de cunho continuado para o administrado, a exemplo de parcelas remuneratórias do contracheque de remunerações ou de proventos de servidores ativos ou inativos, como gratificações e adicionais, a cada pagamento de uma vantagem consubstanciada em parcela individual devida, nasce então para ele a pretensão a determinado direito.²⁴⁴

Assim, a partir de um instante em que o servidor faz direito à percepção de uma vantagem em seu contracheque, mesmo que ele tenha deixado de recebê-la em um primeiro momento, ele terá direito a resgatar os valores atrasados que não lhe foram pagos, desde que não tenha decorrido o prazo prescricional para tanto. É evidente que, em regra, esse direito nasce a partir do surgimento da norma ou regra que lhe originou, abrangendo a situação fática que pretende atingir. Para que a lei ou a norma concessora de vantagens pecuniárias - ou de

²⁴¹ É de se destacar então a diferença conceitual entre esses dois direitos: enquanto aquele que é pontual e se exaure em um só momento e de regra não se renova – a não ser que novos fatos geradores façam surgir novamente em sequência tal direito-, aquele outro, que se repete mês a mês, como o originário de parcelas de remuneração ou de proventos, é assim responsável por fazer surgir um direito a uma prestação cuja repetição é esperada, e, devido a isso, ambos merecem tratamento diferenciado pelo Direito.

²⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. E-book. **Processo administrativo federal: comentários à lei nº 9.784/1999, de 29.1.1999**. 5. ed. rev., ampl. e atual. até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 275-276.

²⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Teoria Geral dos Atos Administrativos – Uma releitura à luz dos novos paradigmas do Direito Administrativo**. Organizadores: Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato (Os Caminhos do Ato Administrativo). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 40. p. 39.

²⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. E-book. **Processo administrativo federal: comentários à lei nº 9.784/1999, de 29.1.1999**. 5. ed. rev., ampl. e atual. até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013, p. 276.

direitos como os previdenciários -, venha a produzir seus efeitos projetados em fatos geradores passados, é necessário que nela haja previsão para tanto. Esse fato acontece até mesmo em direitos essenciais para a coesão da sociedade, como os direitos relativos à seguridade social. Nesse sentido, Eduardo Koetz, em seu livro *Direito Previdenciário Internacional Teoria e Prática Na Era Pós-Globalização*, traz relevante caso concreto em que o Tribunal Regional da 4ª Região, por meio de acórdão, não reconheceu tempo de contribuição internacional, então vertido no Uruguai, anterior a 2005, para fins previdenciários, exatamente por ausência de norma – no caso o acordo -, a amparar o reconhecimento²⁴⁵.

Do mesmo modo, é de se notar que à Administração também assiste o mesmo direito, podendo se valer desse juízo sobre as decisões que originaram vantagens patrimoniais de efeitos permanentes ou continuados sem autorização para tanto, podendo assim o próprio gestor agir – por impulso, de ofício, conforme art. 2º, inciso XII da Lei 9.784/1999²⁴⁶-, para alterar ou modificar um ato então concedido irregularmente a um servidor, seja por violação à lei ou por ausência desta para autorizar a parcela remuneratória.

Com o intuito de exemplificar, para então tornar mais evidente o que se veiculou até o presente momento, principalmente quanto à distinção entre a prescrição e a decadência, apresenta-se a seguinte situação: conceba que um agente público venha percebendo um adicional por tempo de serviço de 20%. Note-se que averbar o tempo de serviço é um direito potestativo²⁴⁷, haja vista que, preenchidos os requisitos por parte do servidor, sujeita-se a Administração a reconhecê-lo. Em um primeiro momento, não haveria até mesmo qualquer ato decisório, haja vista que a averbação de tempo de serviço ou de contribuição é apenas um reconhecimento de direito já adquirido pelo agente público, sendo assim um “mero ato administrativo”, classificado como aquele originário de simples manifestação do conhecimento, cujos efeitos jurídicos “descendem diretamente da lei²⁴⁸”. No entanto, entende-se que, em diversas situações fáticas, a averbação de tempo de serviço ou de contribuição não é de fácil compreensão. A título elucidativo, aproveita-se para mencionar o que ocorre com a averbação

²⁴⁵ KOETZ, Eduardo. E-book. **Direito internacional previdenciário na era pós globalização**. Simplíssimo (edição digital) 2016, p. 76.

²⁴⁶ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 jul. 2020.

²⁴⁷ AMORIM FILHO, Agnelo. **Do Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e Identificar as Ações Imprescritíveis**. In RT 300/7, São Paulo: RT, 1960, p. 738.

²⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 433.

de tempo de serviço prestado como aluno-aprendiz, para fins de inativação²⁴⁹. Feitas essas considerações, retoma-se a seguir o exemplo.

Passados mais de cinco anos recebendo a vantagem do parágrafo anterior, revela-se ao gestor que o percentual escoreito é de 19%. Haja vista que a Administração não anseia em anular ou desconstituir o ato da averbação de tempo de serviço, mas sim corrigi-lo, é de se notar facilmente que se está diante de um prazo não vinculado ao competente direito em si. A bem da verdade, coloca-se diante de um prazo prescricional, o qual, a cada pagamento efetuado ao servidor, vem a se renovar mês a mês o direito para corrigi-lo. Desse modo, o que prescreve são as “pretensões relativas às prestações anteriores aos cinco anos²⁵⁰” e não a pretensão de ter o direito reconhecido, do ponto de vista do administrado.

O juízo acima retratado é defendido pelo Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que pode ser observado no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 129.718 - PE ²⁵¹, o qual decidiu que a redução de parcelas de servidores apresenta-se como uma relação jurídica de trato sucessivo, haja vista que ocorre mês a mês, o que afasta a prescrição do fundo de direito, nos termos da Súmula 85/STJ. Cabe esclarecer que a prescrição de fundo de direito restou aqui afastada em razão de que, a bem da verdade, este instituto mencionado pelo STJ, embora carregue em seu nome a palavra “prescrição”, versa, enfim, sobre decadência – vinculada ao próprio Direito -, e não acerca da prescrição, esta sim referente ao direito de ação que, no caso apresentado, renova-se mês a mês.

Se a pretensão pode ser compreendida como o poder de cobrar uma prestação²⁵², esse poder pode ser exercido na mesma medida tanto pela Administração quanto pelo servidor administrado. Note-se que o juízo supracitado realmente é o que mais se coaduna com o sistema aqui defendido, considerando que nele se apresenta um tratamento equânime dirigido tanto à

²⁴⁹ Caso o leitor tenha maior interesse, consultar o teor do Acórdão 2.024/2005-TCU-Plenário, de relatoria do Auditor Lincoln Magalhães da Rocha, em que, entre outras coisas, ordenou-se à unidade técnica do Tribunal de Contas da União realizar estudos com “vistas a determinar a existência de limite temporal para o cômputo do tempo do chamado “aluno-aprendiz” como tempo de serviço público”. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 2.024/2005-TCU-Plenário**. Relator: Auditor Lincoln Magalhães da Rocha. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, Brasília, 23 nov. 2005. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

²⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 260.

²⁵¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 129.718 - PE**. Relator: Olindo Menezes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 10 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

²⁵² NEVES, Gustavo Kloh Müller. **Prescrição e Decadência no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 26.

Administração como ao administrado – o administrado pode exigir benefícios não prescritos e a Administração pode também requerer a restituição de parcelas pagas indevidamente não prescritas-, em face de situação jurídica idêntica, utilizando-se ainda, como argumento de defesa para tal procedimento no âmbito da Administração, o exercício do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.

Em sentido oposto ao informado pelo art. 54 da Lei nº 9.784/1999, este então dirigido à ação do gestor público, existe ainda um prazo decadencial para que o administrado exerça o seu direito junto à Administração. O mencionado tempo para a sua atuação está disposto no art. 6º do Decreto-Lei nº 20.910/1932²⁵³, conforme já citado e transcrito preliminarmente nesse trabalho. Alertou-se naquela oportunidade que o dispositivo contém impropriedade em sua redação, tendo em vista que ele faz referência à prescrição e não à decadência. Tal impropriedade é constatada em razão de que esse dispositivo versa na verdade sobre um direito do servidor ou do administrado perante à própria administração, e, por consequência, não de uma ação jurisdicional protetiva de direitos, comumente sujeita aos prazos prescricionais.²⁵⁴

Destarte, em face da ocorrência de impropriedade na redação do dispositivo mencionado, deve ser tomado que aquele dispositivo da lei - art. 6º do Decreto-Lei nº 20.910/1932 -, tecnicamente versa sobre decadência e não prescrição, e, por consequência, não de uma pretensão em si, nos termos ensinados por Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari²⁵⁵. É de se observar ainda que o prazo de um ano que consta desse dispositivo – tomado aqui como um prazo decadencial -, dirigido ao administrado para que ele venha a buscar o seu direito perante à Administração mediante reclamação administrativa, seria inadequado, além de não isonômico.

Isso, porque o prazo de um ano, caso apto a extinguir o seu direito de requerimento junto ao erário, é muito distinto do lapso temporal de cinco anos conferido à Administração para anular uma decisão ou um ato administrativo, conforme dispõe o já mencionado art. 54 da Lei nº 9.784/1999. Ressalte-se que a disposição constante do art. 6º do Decreto-Lei nº 20.910/1932 versa sobre direito a ser reclamado dentro da própria administração, e não aquele ligado a

²⁵³ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 20.912, de 6 de janeiro de 1932. **Regula a prescrição quinquenal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>. Acesso em: 19 dez. 2019.

²⁵⁴ FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 267.

²⁵⁵ Idem, p. 267.

direitos subjetivos substanciais que permanecem eficazes²⁵⁶, que pode ser requerido junto ao Poder Judiciário até o transcurso do prazo decadencial prescrito no art. 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932.

Defende-se então aqui nessa pesquisa que seja atribuído ao servidor administrado, no que tange à eliminação de requerer o seu direito perante ao erário, igual prazo decadencial de cinco anos concedido à Administração pelo art. 54 da Lei nº 9.784/1999, em consequência de se depreender que o pequeno prazo de um ano ofenderia os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da proporcionalidade/razoabilidade, conferindo à Administração uma prerrogativa distinta que não faria qualquer sentido jurídico, sendo que a própria comparação entre os prazos já se mostra não razoável.

Com o olhar novamente voltado para o ato que nos interessa, então produtor de situações que se tornaram ou não juridicamente consumadas e que podem produzir efeitos para o futuro²⁵⁷, cita-se agora o que está disposto no art. 54, § 2º da Lei nº 9.784/1999, o qual aponta em seu texto que configura exercício do direito de anular o ato, em razão de sua invalidade, qualquer medida tomada pela Administração mirando isso²⁵⁸. Indaga-se então: seria mesmo qualquer ato da administração capaz de configurar exercício do direito de anular um ato?

À Administração cabe facilitar ao cidadão o acesso ao processo administrativo, com a intenção de entregar ao final decisão administrativa com legitimidade²⁵⁹. Refaz-se então o questionamento: seria possível que qualquer medida tomada pela Administração realmente seria adequada de demonstrar o exercício do seu direito de anular uma decisão ou um ato administrativo? Entende-se que isso não seria aceitável, considerando que o ato da Administração adotado para anular uma decisão deve ser juridicamente apropriado de obstar o transcurso do prazo decadencial, e, além disso, deve conferir ao administrado ou ao servidor o direito de exercer a ampla defesa e o contraditório.

²⁵⁶ Leciona Carlos da Rocha Guimarães que os direitos considerados como subjetivos substanciais não podem ser extintos, mas tão somente perdem a sua eficácia, semelhantemente com o que acontece com as normas, as quais também não perecem, mas apenas deixam de ser eficazes. GUIMARÃES, Carlos da Rocha. **Prescrição e decadência**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 109.

²⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 114.

²⁵⁸ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis-/L9784.htm>. Acesso em: 19 dez. 2019.

²⁵⁹ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/99**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 85.

Nesse caminho, aproveita-se para mencionar a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 19579/DF do STJ²⁶⁰, referente a anistias políticas concedidas a militares, pela qual restou decidido que recomendações exaradas pelo Tribunal de Contas da União e as Notas da Advocacia-Geral da União – AGU/JD-10/2003 e AGU/JD-1/2006 não se enquadram no conceito de “medida de autoridade administrativa” e não são suficientes para configurar o exercício do direito de a Administração Pública anular um ato administrativo, sendo que, no caso concreto, ficou demonstrada a violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa dos interessados.

Outro relevante debate existente na doutrina e em âmbito jurisprudencial - que no passado se verificava recorrente-, é aquele que toca à possibilidade de ser aposto o prazo decadencial do art. 54 da Lei nº 9.784/1999 às decisões ou atos administrativos anteriores à sua vigência. No entanto, no momento, a situação já se encontra pacificada e solucionada pela jurisprudência, que firmou o juízo no caminho de que o lapso temporal de cinco anos do art. 54 da Lei nº 9.784/1999 apenas começa a correr após a sua vigência, ainda que a decisão tenha sido emitida anteriormente. A doutrina também caminha da mesma forma²⁶¹.

É de se registrar que se é escorreito a utilização da técnica visando a obtenção de um fim, isso não quer dizer que esse “correto”, encontrado pela técnica, é o verdadeiro, haja vista que para alcançar este é necessário percorrer os elementos que compõe o “correto”²⁶². No entanto, do exposto no parágrafo anterior, e à luz do sistema jurídico, realmente acredita-se que é aquele o procedimento mais acertado, haja vista que adotar posicionamento distinto, com o intuito de fazer incidir o prazo quinquenal legal naquelas situações anteriores à norma, cujo lapso temporal já teria transcorrido no caso concreto, geraria enorme insegurança nas relações jurídicas passadas, haja vista que, à época em que tais relações foram constituídas, não existia norma administrativa que versava sobre o assunto. Ratificando esse juízo, cita-se os Embargos de Declaração opostos no Recurso Ordinário nº RMS 30576 ED/DF, de origem do Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu que “relativamente aos atos praticados antes da edição da Lei

²⁶⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Mandado de Segurança nº 19.579 - DF**. Relator: Mauro Campbell Marques. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 06 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

²⁶¹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 271.

²⁶² CUNHA, Ricardos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e Argumentação no Direito**. Curitiba: Editora CRV, 2014, p. 62.

nº 9.784/1999, é aplicável o prazo decadencial de cinco anos para a Administração anulá-los, contados a partir da vigência dessa lei ²⁶³.

Nessa linha, pode-se concluir que o devido exercício da autotutela administrativa - que consiste, para os fins desse trabalho, no exercício por parte da Administração de “corrigir os atos administrativos ilegais que produzam efeitos favoráveis ao destinatário²⁶⁴”, visando aplicar corretamente os mais diversos juízos sobre a decadência do ato administrativo-, é de inestimável valor, haja vista que a utilização juridicamente acertada do instituto pode impedir o fato de um servidor público ou vários que recebem uma mesma parcela irregular deixem de percebê-la de forma tempestiva, resultando dessa maneira em enorme economia para os cofres públicos, considerando que toda a despesa de pessoal, principalmente aquelas decorrentes de proventos de aposentadoria, tem grande valor atuarial²⁶⁵.

Após buscar afastar “as generalizações lógicas, desvinculadas da realidade jurídica²⁶⁶” sobre aspectos da decadência, restou ainda demonstrado as principais nuances jurídicas da aplicação da decadência do direito do administrado ou, mais especificamente, do prazo decadencial para o servidor público exercer o seu direito de requerer uma determinada parcela ou vantagem, bem como evidenciou-se a prerrogativa e o limite temporal do Estado - ou do gestor público-, em agir quando diante de uma irregularidade e de uma ilegalidade, tema bastante rico no campo do Direito Administrativo, que desperta relevantes raciocínios jurídicos sobre o assunto. A matéria será retomada no último capítulo dessa dissertação, dessa vez sob à luz do controle externo. Nesse momento, volta-se para um aspecto processual relevante ao deslinde do problema de pesquisa, qual seja, a preclusão no âmbito do Direito Administrativo.

²⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Embargos de Declaração no Recurso Ordinário nº RMS 30576 ED/DF**. Relator: Dias Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 06 nov.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

²⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 261.

²⁶⁵ O mesmo acontece no que diz respeito aos direitos dos administrados, não reconhecidos pelo gestor público no momento do fato gerador, os quais poderão ocasionar vultosos valores a serem restituídos aos servidores e agentes públicos, prejudicando a programação orçamentário-financeira do órgão ou entidade, devendo isso ser evitado ao melhor custo administrativo.

²⁶⁶ GUIMARÃES, Carlos da Rocha. **Prescrição e decadência**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 167.

2.3 A preclusão das decisões administrativas sob à luz do Direito contemporâneo: A preclusão administrativa, suas características legais e jurídicas e os seus impactos no âmbito do processo administrativo: eventual contraponto com a indisponibilidade do interesse público

Inicialmente, faz-se necessário trazer algumas considerações sobre o processo administrativo, considerando que é por ele que se entrega a decisão no campo do Direito Administrativo. O Processo Administrativo é uma estrutura garantidora de direitos que possuem os administrados, junto a outros administrados, bem como ao próprio Estado²⁶⁷. Ademais, “o processo é, pois, uma garantia da Democracia realizável pelo Direito, segundo o Direito e para uma efetiva justicialidade²⁶⁸”.

O processo é então um instrumento que procura organizar os atos de maneira encadeada, sempre em observação aos preceitos constitucionais, bem como ainda disponibilizando ao administrado, ou, no caso, o servidor público, todos os direitos e garantias que se fazem necessárias para a solução do litígio, evitando ilegalidades e abusos de poder. É assim um instrumento envolto por ética, evidentemente necessário para garantir a própria sobrevivência do direito material²⁶⁹. Com olhar ainda direcionado à proteção do direito material, pode-se dizer que o processo é um instrumento voltado para solucionar as desordens no confronto entre interesses, providenciando uma atuação eficaz do órgão do Poder Judiciário, então representado pela figura do Estado-Juiz²⁷⁰.

A maneira que a sociedade contemporânea encontrou para fazer difundir a produção de novos bens econômicos, principalmente em face da grande urbanização experimentada em países capitalistas, foi mediante o aperfeiçoamento e ampliação dos instrumentos contratuais, o que fez gerar um grande aumento em litígios entre as partes. É claro que, ao experimentar esses instrumentos de resolução de conflitos dentro do Direito Administrativo e, mais especificamente no processo administrativo, foram carreados problemas oriundos do fato de que, no âmbito desse ramo do Direito Público, existia uma espécie de dominação da

²⁶⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 31.

²⁶⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo FGV, Rio de Janeiro, 209, ju. /set, 1997, p. 6.

²⁶⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009, p. 22.

²⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. E-book. **Processo administrativo federal: comentários à lei nº 9.784/1999, de 29.1.1999**. 5. ed. rev., ampl. e atual. até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2.

Administração Pública – mediante os seus agentes -, quando apreciava o direito objetivo, o que não pode existir no Direito Privado²⁷¹.

Esse novo comportamento não foi distinto no Brasil, que experimentou um acelerado desenvolvimento, levando o acréscimo considerável nas demandas judiciais, porém, não houve uma evolução, em um primeiro momento, das formas e dos instrumentos para enfrentar essa nova realidade, fazendo assim crescer o número de processos no Poder Judiciário, além de ter ainda aumentado o grau de complexidade das situações fáticas levadas ao Estado-Juiz, obrigado a equacionar e solucionar os mais diferentes conflitos. Nesse mesmo caminho, houve ainda uma crescente reclamação por parte dos agentes envolvidos: o Poder Judiciário, mediante os seus agentes públicos decisores, clamou pela falta de um insuficiente quadro então apto para solucionar os litígios; já aqueles que esperam pela decisão a ser proferida pelos juízes e pelos tribunais, passaram a tecer reclamações no que toca à lentidão processual²⁷².

No campo do Direito Administrativo, essa evolução da sociedade brasileira, passando por uma urbanização acentuada, também provocou impactos nas demandas que são administradas pelo Estado. O modelo de Administração brasileiro, originado de uma colonização voltada para a exploração e carregada do método patrimonialista oriundo da Coroa Portuguesa²⁷³, produziu uma gestão altamente autorreferenciada, voltada para proteger os seus interesses e não os do cidadão.

Esse déficit de cidadania para com o particular não mais cabe em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, principalmente quando se leva em consideração os preceitos constitucionais que informam o sistema jurídico. E, para isso, existem alguns utensílios que são postos como verdadeiras armas para o cidadão, para que possa assim defender os seus direitos individuais em qualquer esfera de relação – civil, administrativa, penal, etc.-, mediante a utilização desses instrumentos de cidadania²⁷⁴.

Já nas primeiras décadas de sua existência, o processo administrativo visava coibir o risco de que aqueles encarregados por conduzirem as investigações disciplinares viessem a

²⁷¹ HAURIOU, André. **A utilização em Direito Administrativo das regras e princípios do direito privado**. Tradução de Paulo da Mata Machado. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1945. f. I. fasc., p. 467.

²⁷² ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **O código de processo civil e a crise processual**. Revista de Direito Administrativo, n. 187, p. 37-47, jan-mar, 2001, p. 38.

²⁷³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 17.

²⁷⁴ OLIVEIRA, Ocimar Barros de. **Processo administrativo e democracia participativa**. Leme: J. H. Mizuno, 2014, p. 74.

cometer abusos e arbitrariedades quanto aos meios de defesa e de prazos²⁷⁵. É claro que a preocupação tem origem principalmente na forma autorreferenciada em que o Estado tende a conduzir os seus negócios, conforme também anteriormente mencionado, interesses que por vezes ainda se misturam com empenhos de particulares, em função do patrimonialismo.

Há aqueles que defendem que, para existir um processo, não é necessário haver um litígio, considerando que esse processo tem como fim último satisfazer o interesse público, visando solucionar contestação entre o administrado particular ou servidor público e a Administração Pública²⁷⁶. No entanto, para fins do presente trabalho, em que se investiga a decisão administrativa irregular proferida pela Administração Pública com ou sem a participação do servidor público e, que em algum momento, é chamado a defender-se de alguma forma os seus direitos com o intuito de preservá-los, prefere-se alinhar àqueles que advogam no sentido de que o processo administrativo é o oriundo de uma relação jurídica em perfeito contraditório, sendo que, caso este não esteja presente, mesmo que haja um devido encadear de atos administrativos então praticados pelas partes processuais, existirá somente um procedimento, e não propriamente um processo administrativo²⁷⁷.

O processo, inserido dessa forma em um conjunto de regras constitucionais e infraconstitucionais que visam preservar os direitos materiais que nele estão em discussão, está regulamentado em distintas normas no âmbito de nossa federação. No Brasil, cada estado tem ou está autorizado a ter a sua própria norma referente a procedimento administrativo, nos termos do art. 24, inciso XI da Constituição Federal²⁷⁸, embora haja críticas quanto a essa prescrição, principalmente quando se destaca uma defensável isonomia processual em âmbito nacional.

Não se pretende aqui entrar na discussão jurídica que envolve a Lei 9.784/1999, no sentido de indicar se tal norma é ou não uma lei de âmbito nacional, haja vista que esse embate não auxiliaria em nada em desvelar o presente problema de pesquisa. Basta aqui, em face do tema que se tem a enfrentar, considerar somente que essa lei, nos termos do seu artigo 1º, fixa normas gerais sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, restando assim obviamente que, por ser norma básica, não será a singular e única

²⁷⁵ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938, p. 714.

²⁷⁶ COSTA, Nelson Nery. **Processo administrativo e suas espécies**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 22.

²⁷⁷ DEZAN, Sandro Lúcio; MARTINS, Jader Ferreira. **Elementos epistemológicos de processo administrativo disciplinar**. Belo Horizonte: Arraes, 2019, p. 18-19.

²⁷⁸ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 ago. 2020.

norma a regulamentar esse tipo de processo. No entanto, como querem alguns, tal lei deverá ser justaposta em prevalência a outras quaisquer²⁷⁹, no âmbito do processo administrativo.

A lei processual administrativa traz relevantes institutos e princípios postos à disposição do servidor, do agente público ou do particular que vai de certa forma litigar perante a Administração Pública. Um desses institutos é a própria decadência quinquenal, já tratada em outro momento nesse trabalho e que será novamente retomada, em análise dos impactos que os atos de controle externo têm ou deveriam ter nos atos praticados pela gestão administrativa original, anos antes de esses atos serem examinados pelos tribunais de contas brasileiros.

Tanto a decadência como a prescrição estão vinculadas ao direito material²⁸⁰ – embora não propriamente como uma questão material em si-, e são conhecidas, quando alegadas dentro do processo, como preliminares de mérito, cujo reconhecimento da aplicação desses institutos no processo evitam o enfrentamento da questão de fundo²⁸¹. Dessa forma, fazendo assim uma devida alusão ao processo civil, “o reconhecimento da decadência ou da prescrição leva à sentença de mérito²⁸²”.

O elemento tempo, mesmo que objetivamente exposto nos comandos legais, deve estar bem esclarecido àquele que vai de alguma forma enfrentá-lo. Ainda que diante de elementos de pura objetividade, plenamente identificáveis nas normas ou na própria Constituição, o litigante no processo também deve ter pleno conhecimento deles, essencialmente para que possa conhecer o que contra ele se declara e se alega, aumentando assim as possibilidades de se defender e apresentar informações realmente capazes de influenciar no resultado final do processo²⁸³.

²⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 39.

²⁸⁰ Ambos institutos, guardadas as devidas distinções que possuem entre si, estão ligados ao passar do tempo. A razão de ser assim é de fácil percepção: embora nada possa durar para sempre, o longo passar dos anos causa a sensação de durabilidade e de considerável confiança, fazendo-se então presente o já aqui trabalhado Princípio da Segurança Jurídica; no entanto, em algumas situações, principalmente quando o administrado está ou deveria estar ciente de regras constitucionalmente e legalmente fixadas – como no caso dos servidores públicos-, surge a dúvida se essa segurança poderia ser de alguma forma relativizada, o que será ainda analisado em outro momento da pesquisa, mais precisamente no capítulo final desse trabalho, dirigido especificamente ao controle externo da despesa pública irregular.

²⁸¹ FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 266.

²⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA. p. 109.

²⁸³ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo FGV, Rio de Janeiro, 209, jul/set, 1997, p. 214.

Qualquer elemento, ou qualquer instrumento utilizado para analisar o conteúdo desse objeto – como bem faz o processo tomado como um instrumento –, anda no caminho da dimensão tempo. E, considerando que o “processo é o caminhar para a frente, a fim de se chegar a determinado termo, a determinado ponto²⁸⁴”, ele deverá ser encerrado em tempo hábil, para não extirpar ou prejudicar o próprio direito que se pretende proteger, ou, ainda, evitar a ocorrência de algum tipo de lesão ao Estado ou ao erário, a qual, pelo longo curso do tempo, possivelmente não mais poderá ser recuperada pelos instrumentos jurídicos disponíveis.

Nesse mesmo caminho, faz-se mister apresentar a preclusão administrativa, outro instituto processual que, para fins elucidativos, aproveita-se para trazer os dizeres de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, os quais afirmam, de modo singular, que a “contraface do prazo processual é a preclusão processual, como tal se entendendo a perda de uma faculdade processual, pela inércia ou intempestividade de seu exercício por parte de quem a podia fazer atuar²⁸⁵”.

O processo é, assim, um caminhar para frente, em que se sucedem de maneira ordenada diversos atos, com o objetivo principal de resolver conflitos, em observância a um conjunto de normas definidoras da ação daqueles que nele litigam. Nesse sentido, a preclusão é um elemento de organização e de desenvolvimento do processo, estruturando um procedimento em consonância com o formalismo processual, prevenindo eventual abuso de poderes pelas respectivas partes²⁸⁶.

Diante do conceito acima, percebe-se a importância de se identificar as dimensões que envolvem a preclusão no processo administrativo. A preclusão possui caracteres que a distinguem do direito material²⁸⁷. Considerando que existe um prazo processual para que o administrado particular ou o servidor público venha a praticar atos processuais, e, ao fazer exercício desse termo, demonstre a sua intenção de efetivamente participar do processo, e ainda, de outra banda, considerando em contraponto que, ao deixar de fazer uso do prazo mencionado,

²⁸⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado de Direito e Devido Processo Legal**. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, Rio de Janeiro, 209, 1997, p. 15.

²⁸⁵ FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 69.

²⁸⁶ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 418.

²⁸⁷ Antônio Alberto Alves Barbosa leciona que a preclusão é instituto especificamente processual, não se podendo confundi-la com a decadência ou com prescrição ou, ainda, nulidade. Citando Oskar Bülow, o mestre ensina que o contumaz não viola a obrigação de comparecimento, mas somente não exercita o direito de defender-se, devendo suportar as consequências que virão. BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1992. p. 26-27.

pelos motivos mais diversos, o sistema processual considera que aquele que litiga com o Estado não mais tem a intenção de participar do processo, pode-se assim concluir que tanto a ação como a omissão do interessado poderão trazer a estes efeitos processuais, com a consequência de impedir que lhe seja entregue o melhor direito desejável. Encontram-se aqui nesse momento as duas dimensões do direito, sendo a primeira decorrente do mundo fático e das relações inter-humanas e a segunda é aquela que surge da objetivação e dos significados normativos²⁸⁸.

No âmbito do processo administrativo federal, a preclusão administrativa está posta no art. 24 da Lei 9.784/1999, cuja redação consta da seguinte forma: “inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior²⁸⁹”. É de se observar que o prazo acima, além de ser subsidiário, considerando que somente será aplicado com o inexistir de disposição específica, deverá ser considerado tanto pelo órgão, entidade ou autoridade responsável pelo processo, bem como pelo administrado, participante da relação jurídica processual.

Não se pode olvidar que, logo em um primeiro momento, surge um interessante questionamento: esse prazo é um prazo peremptório e fatal, o qual, após o seu devido transcurso, não mais poderá o ato ser praticado pela parte? Existe prejuízo tão grave ao administrado que faça o sistema jurídico a reagir quanto a essa norma? Relevante esse questionamento, haja vista que os prazos fatais são “o pesadelo dos advogados e a fatalidade da parte que conduz o processo em causa própria²⁹⁰”.

Mirando responder essa pergunta, necessário trazer algumas considerações. Destaque-se, em um primeiro momento, que os efeitos da preclusão podem atingir ou postergar para um outro momento o direito do administrado em litígio. No âmbito do Direito Processual Civil, é de se notar que a decisão que abrange a probabilidade de invalidação de um ato ou de um procedimento deve ser alcançada pela preclusão, quando são exauridas as possibilidades de

²⁸⁸ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 59.

²⁸⁹ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 19 ago. 2020.

²⁹⁰ TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil**. Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 104.

eventual impugnação recursal, a exemplo de uma decisão que se debruça sobre o preenchimento ou não dos pressupostos processuais²⁹¹.

O ato, suscetível de ser alcançado pela preclusão, é um ato originado de um fato jurídico, que merece o tratamento pelo Direito e por aquele que o maneja. Nesse momento, relevante salientar o juízo de Kelsen sobre fatos jurídicos, no que toca a uma bidimensionalidade que existem nesses fatos, ou melhor, como ele mesmo ensina, há neles a presença de dois elementos, sendo que o primeiro deles encontra-se delimitado em um espaço e tempo, provocado pela ação humana; já o outro elemento versa sobre o que essa conduta realmente significa diante da norma jurídica ou pelo Direito²⁹².

Em consideração aos ensinamentos de Kelsen acima esposados, voltando eles agora aos aspectos que abrangem a preclusão administrativa, é de se notar que esta provoca a separação dos dois elementos vistos acima, haja vista que, por uma razão específica de conduta ou de ausência dessa pela parte, deixou-se de praticar o ato – fundamentado em um fato jurídico -, e, conseqüentemente, não se pode mais esperar uma consequência jurídica, embora, em tese, poder-se-ia chegar a uma conclusão de seus efeitos, por simples esforço exegetico²⁹³.

No entanto, a leitura fria da letra da lei não impõe dúvida: o prazo para a prática de um ato administrativo, no âmbito do processo administrativo federal, é de cinco dias, sendo que tal prazo pode ser dilatado até o dobro, conforme consta do parágrafo único do já mencionado art. 24 da Lei 9.784/1999²⁹⁴. Nesse sentido, o prazo legal mencionado traria um dever indispensável ao gestor público, um verdadeiro dever de fazer, podendo até mesmo, caso não seja observado, levar o administrador público a ser punido, configurando assim uma infração funcional – caso haja tipificação para tanto-. Do ponto de vista do administrado, o prazo também teria de ser

²⁹¹ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 41.

²⁹² KELSEN, Hans. **Teoria Pura Del Derecho**. Traducción de la segunda edición en alemán, por ROBERTO J. VERNENGO. 2ª reimpressão. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. 1982. p. 16.

²⁹³ Feitos esses esclarecimentos iniciais, pode-se concluir que o instituto da preclusão no âmbito do processo administrativo, caso impossibilite que o direito do administrado seja a ele entregue, em nome de eventual proteção dos elementos processuais – também criados para proteger o sistema jurídico bem como o direito material -, causa impacto na gerência dos recursos do erário. Isso acontece porque, não raras as vezes, o administrado ou particular irá se socorrer do Poder Judiciário para ver garantido o seu direito.

²⁹⁴ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 22 ago. 2020.

observado, impondo um verdadeiro ônus em face de um dever de praticar o ato, sob pena de ter de sofrer as respectivas consequências de sua omissão²⁹⁵.

Percebe-se, ainda, que a Lei 9.784/1999 não tratou como deveria sobre o instituto da preclusão administrativa, não tendo a estruturado a ponto de oferecer uma segurança sobre o transcurso do prazo preclusivo. Em passagem rápida, essa norma do processo administrativo federal traz o § 2º do art. 63, o qual dispõe da seguinte maneira: “o não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa²⁹⁶”.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari ensinam que o dispositivo supracitado mais obscurece a incidência da preclusão que propriamente ajudaria àquele que vai ter de decidir sobre ela²⁹⁷. Realmente, entende-se que ao não delimitar as situações em que ocorrem a preclusão, faz-se mais dificultosa a missão do aplicador do Direito Processual Administrativo, tarefa na qual se insurgem as mais diversas dúvidas práticas. No entanto, não parece que a norma de processo administrativo federal deveria realmente adentrar em tal nível de detalhamento, pois, como já dito em outra oportunidade, a Lei 9.784/1999 foi originada com a intenção de estabelecer somente normas básicas sobre o processo administrativo, conforme consta do seu art. 1º.

Nessa linha, outros doutrinadores também advogam no mesmo caminho, apontando que o prazo de preclusão para apresentar o recurso é puramente peremptório, devendo ser observado principalmente em razão de racionalidade processual, considerando que os interessados e a Administração não podem alterá-lo; além disso, a preclusão do prazo para a apresentação do recurso é também contínuo, considerando que o mesmo não pode ser interrompido em face de feriados e de fins de semana sem expediente²⁹⁸.

É importante trazer à baila nesse momento a existência do princípio da Formalidade Essencial, o qual prescreve que a “forma dos atos e administrativos e do próprio processo em suas fases procedimentais devem ser apenas as essenciais, substanciais, para a defesa e a

²⁹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 151.

²⁹⁶ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 23 ago. 2020.

²⁹⁷ FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 70.

²⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 284.

garantia de direitos dos particulares, à luz da ordem jurídica²⁹⁹. Assim, o mencionado juízo desse princípio vai ao encontro dos dispositivos da Lei 9.784/1999 que estabelecem parâmetros a serem observados nos processos administrativos, a exemplo daqueles que dispõem que os processos deverão observar os critérios de “observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados” e “adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”, conforme disposto no art. 2º, parágrafo único, incisos VIII e IX dessa norma³⁰⁰.

Assim, considerando o princípio da Formalidade Essencial do processo administrativo, reconhecido pela doutrina e em consonância com a Lei do Processo Administrativo Federal, bem como o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, com o foco em concretização de direitos fundamentais, pode-se então concluir que a preclusão administrativa mencionada no art. 63, § 2º da Lei 9.784/1999 - embora deva ser observada tanto pela Administração Pública como também pelo administrado-, quando se estiver diante de um flagrante e legítimo interesse público com fulcro no Direito e na Constituição Federal, entende-se que ela poderia ser relevada, haja vista que interpretação em sentido contrário seria capaz de limitar em muito o direito dos administrados³⁰¹.

Apesar disso, cabe mencionar que alguns advogam firmemente em sentido contrário, afirmando não mais ser possível alcançar a matéria preclusa, pelo menos no âmbito daquele processo, em razão de ter sido atingida a “coisa julgada administrativa”, tema que será trabalhado aqui em outra oportunidade no capítulo final. No entanto, caso venha a se considerar a possibilidade de afastar a preclusão administrativa, entende-se que a revisão do ato ilegal por parte da Administração Pública deverá ocorrer nos autos de um outro processo administrativo, sendo novamente concedida a ampla defesa e contraditório³⁰² e, consequentemente, procura-se

²⁹⁹ DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A juridicidade administrativa contrária a direitos fundamentais no processo administrativo sancionador: uma relativização inconstitucional do Princípio da Legalidade. Revista da AGU, jul./set. 2016. v. 15, n. 03, p. 207.

³⁰⁰ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.

³⁰¹ Isso aconteceria porque, após a passagem do prazo de preclusão, não mais caberia o arquivamento ou o manuseio do assunto, mesmo sabendo-se tratar de matéria de inestimável interesse coletivo; No entanto, os danos de não se examinar o assunto no momento tempestivo poderiam ser bem maiores, a exemplo de uma gratificação ou parcela paga irregularmente a um número elevado de servidores, cujo processo administrativo seria capaz de algum modo de extirpá-la.

³⁰² FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 76-77.

assim obter o equilíbrio entre os preceitos dos institutos processuais e o interesse das partes, que pode ser tanto do administrado como do próprio erário.

Apesar disso, mesmo que situações excepcionais pudessem vir a justificar o exame da matéria preclusa por parte da Administração Pública, é de relevância ímpar que o gestor do erário, para fazer uso desse recurso, utilize-se de cuidado jurídico adequado, visando buscar – se assim o sistema jurídico permitir – uma devida ponderação do Direito a ser entregue às partes, utilizando-se também de mecanismos de controle, com o intuito de coibir e extirpar decisões administrativas irregulares, cujos recursos eventualmente economizados poderão ser utilizados como estímulos à implementação de políticas públicas, como será visto no próximo capítulo.

CAPÍTULO III:

O CONTROLE SOBRE AS DECISÕES ADMINISTRATIVAS IRREGULARES: IMPORTANTE INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Os dois primeiros capítulos da pesquisa trouxeram princípios essenciais que envolvem o ato decisório no campo do Direito Administrativo, e buscaram ainda fornecer os elementos principiológicos fundamentais para o desenvolvimento do tema, os quais serão revisitados ao final como instrumentos para a solução do problema de pesquisa, principalmente no que toca à decadência administrativa e sua aplicação no controle externo, mais precisamente quanto ao ato de registro de inativação ou de pensão.

No cerne desse trabalho encontra-se a decisão administrativa irregular, a qual será confrontada no momento certo com o ato de registro de aposentadoria, reforma e pensão emitido pelos tribunais de contas no Brasil. Contudo, desde a declaração do ato decisório até o extenso caminho a ser percorrido quando da chegada desse ato nas cortes de contas, faz-se relevante mencionar outros instrumentos de controle, aptos a aplicarem de modo correto ao caso concreto os elementos principiológicos e de direito material e processual vistos nos primeiros dois capítulos.

O controle dos atos administrativos, ao utilizar alguns dos princípios aqui já analisados, será de importância ímpar para evitar ou minimizar os efeitos da decisão administrativa irregular, facilitando posteriormente o próprio registro do ato a ser confeccionado pelos tribunais de contas. Além disso, o manejo adequado do controle incidental – seja por parte da Administração Pública, seja pelo cidadão -, tem o poder de restringir os efeitos financeiros negativos do ato administrativo eivado de vício, cujos recursos economizados poderão ser bem aplicados em políticas públicas escolhidas pelo mandatário de um Poder, como será visto a seguir durante esse capítulo.

3.1 Controle dos institutos de direito intertemporal como ferramental de políticas públicas: Aplicação do Princípio da Juridicidade sobre os institutos protetores do direito intertemporal: o processo como incentivador do controle sobre políticas públicas

Abordagem até aqui dos institutos que solidificam a decisão administrativa, quais sejam, a prescrição, a decadência e a preclusão administrativa, debruçou-se sobre as situações jurídicas

em que o ato decisório normalmente não pode ser mais alcançado, seja pela Administração Pública, seja pelo administrado. Essas situações no Direito estão dentro de uma relação jurídica, inseridas em um ordenamento jurídico³⁰³, ou melhor, do sistema jurídico. Considerando que as forças que impulsionam o processo de políticas públicas surgem por vezes de modo externo à Instituição³⁰⁴, torna-se relevante analisar a possibilidade desses institutos funcionarem como verdadeiros instrumentos de políticas públicas.

É necessário esclarecer que, até a presente ocasião, fez-se mister trazer as características desses elementos haja vista que - como o problema de pesquisa busca solucionar se há razões para existir um trato diferenciado entre a decisão tomada pelo gestor em processos de aposentadoria, reforma e pensão e aquela que é proferida pelos tribunais de contas quando aprecia a legalidade desses atos-, esses mesmos institutos estão presentes nos processos de controle externo, com destaque para a decadência, que será examinada novamente nessa pesquisa no último capítulo do trabalho, sob à luz da atuação das cortes de contas.

A necessidade de divisão dos dois momentos acima – como será visto melhor no último capítulo-, é tangenciada continuamente pela doutrina e pela jurisprudência, embora não se faça uma completa distinção entre esses dois instantes. E as decisões repetem os argumentos que supostamente sustentam essa posição de distinção. Essa reverberação continuada é compreensível, haja vista que o “Direito é uma prática de autoridade³⁰⁵”. No entanto, isso não impede – na verdade até mesmo estimula -, que esse evento seja aqui estudado.

Nessa esteira, independentemente de que se venha ao final aqui concluir que a decisão administrativa e os atos que a compõem deverão ou não ter o mesmo tratamento dispendido àqueles atos que compõem a decisão dos tribunais de contas, o papel dos mecanismos de controle, principalmente o controle administrativo, do qual o controle interno também faz parte, não deixa de ter menor importância, principalmente quando se considera a missão do processo administrativo e do processualista. Isso, porque atualmente esses processualistas estão “mais

³⁰³ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 241.

³⁰⁴ LINDER, Stephen H. e Peters Guy. **An Institutional Approach to the Theory of Policymaking: The Role of Guidance Mechanisms in Policy Formulation**. Sage Publications: Journal of Theoretical Politics, 1990, p. 60.

³⁰⁵ ATIENZA, Manuel. **O Argumento de Autoridade no Direito**. Tradução de André Rufino do Vale. Itajaí: Revista Novos Estudos Jurídicos. v. 17, n. 2, 2012, p. 4.

conscientes do verdadeiro papel reservado à sua ciência: o processo é instrumento de pacificação social e, como tal, deve contribuir para este objetivo³⁰⁶”.

A CF/1988 prescreve um modelo de direitos sociais que devem ser concretizados e, para tanto, exige-se prestações positivas do Estado³⁰⁷, sendo que todo recurso a ser economizado pode se tornar em um instrumento de viabilização de políticas públicas. Controlar os gastos públicos de modo tempestivo é indispensável para que esses recursos possam vir a ser empregados naquilo que realmente foram pensados para ser utilizados, considerando os programas fixados na Constituição Federal. O controle então tem o papel de funcionar – porque não –, como verdadeiro orientador do gestor do erário, prevenindo gastos equivocados e até mesmo desvio dolosos de dinheiro público.

A análise da decisão administrativa sob o ponto de vista da economia do capital e dos recursos do Estado não pode ser descartada e deixada ao relento pela bucólica aplicação da letra fria da lei, principalmente quando se está diante de situações que desigualam em muito o particular em face da Administração Pública. No caso brasileiro, sabe-se, sem dúvida, que se trata de uma sociedade profundamente desigual. Dessa forma, não se pode descartar uma eventual análise jurídica do ponto de vista econômico-distributivo no Brasil, a qual pode ser preferível a uma conduta que vise apenas a eficiência. Esta última – a que visa a adoção de políticas públicas com base apenas em eficiência –, poderia ser até mesmo desejável em países cujos problemas de desigualdade estão em uma escala bem menor do que a nossa, em busca de uma pretensa justiça³⁰⁸.

Esse, porém, não é caso brasileiro, sendo que os elementos e recursos processuais em nosso país podem e devem ser pensados como instrumentos para se atingir um verdadeiro equilíbrio entre a economia eficiente de recursos - então dispendidos em favor do cidadão e da coletividade-, e a concretização de direitos fundamentais daqueles que litigam contra o Estado. A título elucidativo, no campo do Direito Processual Civil, não caberia alegar a nulidade se não há um direito lesado a reclamar por sua proteção³⁰⁹. Isso atentaria em desfavor da concretização

³⁰⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA. p. 62.

³⁰⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 4-5.

³⁰⁸ GICO JR., Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Economic Analysis of Law Review, Brasília, 1, Jan-Jul 2010. p. 29.

³⁰⁹ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 225.

de direitos fundamentais, bem como tornaria o processo mais dispendioso do que realmente deveria ser.

Os recursos são protegidos, do ponto de vista jurídico, pela Constituição e por normas legais e infralegais. E esses recursos, então utilizados em políticas públicas, originam-se das mais diversas escolhas políticas, as quais, em boa parte das situações, não são acessadas pela comunidade ou pelo cidadão. Devido a isso que aquelas sociedades com menos incremento em termos de garantias de liberdade, e também menos desenvolvidas sob aspectos de recursos econômicos, necessitam de um grupo de garantias que visam o alcance de níveis satisfatórios de disponibilidade de direitos individuais, reforçando assim os fundamentos do Estado Democrático de Direito³¹⁰.

A Constituição Federal, sob essa visão, protege o processo, assegurando, consequentemente, a relação processual, a exemplo de quando prescreve que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal³¹¹”. Nesse sentido, revela-se a razão pela qual se defende ser o processo uma verdadeira ferramenta para a garantia de direitos individuais, intrinsecamente relacionada à concretização de políticas públicas, contudo, sem adentrar ao mérito das escolhas do gestor administrativo modelador de políticas, ou daqueles agentes então responsáveis pela criação de normas. É nesse caminho também que os institutos trabalhados anteriormente nesta pesquisa - quais sejam, a prescrição, a decadência e a preclusão-, deverão ser bem manuseados pelos gestores públicos, considerando que eles têm implicação direta no bom uso da máquina e dos recursos públicos.

Dominar e aplicar da melhor maneira possível os institutos mencionados traz benefícios múltiplos ao processo e, consequentemente, eficiência, tempestividade e economia de recursos orçamentários-financeiros, aliviando a máquina do Poder Executivo para focar em assistência de políticas públicas que caminham de acordo com as suas próprias marcas simbólicas – cujos símbolos “são instrumentos por excelência da integração social³¹²”, ou, pelo menos, desafogar o Poder Judiciário, por deixar de apreciar ações em que tais instrumentos – decadência, prescrição e preclusão -, não foram devidamente aplicados.

³¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 7.

³¹¹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2020.

³¹² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Ed. DIFEL, Portugal, 1989, p. 10.

O fato de dar tratamento jurídico adequado aos institutos como eles realmente merecem ser aplicados faz com que, além de viabilizar os benefícios mencionados, seja obtido o sentimento de paz social – oferecendo segurança inequívoca aos direitos dos administrados³¹³ – ou, ao menos, a sua manutenção em níveis aceitáveis. É nesse sentido que a Emenda Constitucional 19/1998 colocou no art. 37 da Carta Magna o Princípio da Eficiência, a ser devidamente observado pela fazenda pública. É evidente que esse princípio já estava implícito no nosso sistema jurídico, mas a sua inclusão de modo expresso em nossa carta teve o intuito de redobrar a sua importância para aqueles que lidam com a Administração Pública³¹⁴.

Aproveita-se, novamente, para trazer à baila o Princípio da Juridicidade que, para os fins deste trabalho, é aquele que fixa a conduta do gestor, no intuito de orientá-lo para que venha sempre a atuar não somente conforme a lei, mas também em conjunto com o Direito. Desde o início desse trabalho, destacou-se que, em algumas situações, a juridicidade não é de simples aplicação ao caso concreto; isso acontece pelos mais diversos motivos: em algumas situações fáticas, ocorrem assimetrias de informação, em que uma das partes – no caso o principal -, não tem todas as informações apreendidas pelo agente, então necessárias para bem decidir e entregar a melhor solução ao caso concreto. Esse problema, denominado de principal-agente ou dilema de agência, embora seja um conceito muito manuseado na Economia, também pode ser bem utilizado no Direito, a exemplo da contratação do juiz/gestor público (agente) por parte do Estado (principal)³¹⁵.

Em outros momentos, a aplicação da juridicidade incorre em adentrar no campo do raciocínio político e das diversas razões que levaram os atores do legislativo a escolherem por um dispositivo normativo em vez de outros. Essa análise envolve até mesmo questões relacionadas à aplicação da Antropologia na Administração Pública e à formulação de políticas públicas, elevando a condição do Estado a de um “nativo”, ou seja, de um elemento a ser estudado em face de suas próprias razões de ser, dando início a uma série de análises etnográficas nas distintas esferas do Estado, promovendo análises de processos políticos

³¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 42.

³¹⁴ FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.

³¹⁵ Como bem ensina Ivo T. Gico Jr., a denominada assimetria de informação se manifesta de duas formas: a uma, pelo risco moral, que consiste quando alguém suporta o aumento de exposição ao risco em razão de estar protegido por um seguro, ou, ainda, assume o risco porque este será suportado por outra pessoa; já a seleção adversa diz respeito quando alguém (o principal) seleciona um terceiro (agente) para exercer uma atividade/função com base nas informações disponíveis, contudo, o agente selecionado possui informações privadas, as quais se fossem conhecidas pelo principal poderiam alterar a sua decisão de contratar esse agente. GICO JR., Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 34

eleitorais, bem como análises da burocracia e da arquitetura de funcionamento da máquina estatal³¹⁶.

É nesse campo, de tortuosos elementos contidos nas situações fáticas litigiosas, que se faz necessário uma decisão administrativa juridicamente escoreita, tempestiva e equilibrada³¹⁷ a ser adotada pelo gestor público, dentro de um contexto voltado para a aplicação ou não da juridicidade nos atos administrativos, considerando ainda os institutos da prescrição, decadência e da preclusão, já aqui estudados quanto ao necessário para a resolução do problema de pesquisa.

Em face dos parcos recursos públicos que o Estado possui, é necessário que o gestor haja de forma rápida, para então prevenir que o erro provocado pela decisão administrativa ilícita se perpetue, ou, de outra banda, que o prejuízo experimentado pelo agente público venha a ser imposto a ele durante muitos anos. Quanto ao primeiro ponto, é de se destacar que a eventual economia gerada, em face da extinção de um pagamento irregular ao agente público, tem o poder de economizar vultosos recursos, que podem ser utilizados nos instrumentos orçamentários e programáticos do ente, que são reconhecidos como expressões jurídicas de políticas públicas³¹⁸.

Os problemas apresentados para se verificar a ponderação entre a aplicação da juridicidade e da legalidade, quando estão em jogo os institutos que envolvem a segurança jurídica, não são só de ordem técnica, podendo ser percebida essa discussão em toda a Administração Pública e, de maneira quase que recorrente, dentro do controle externo dos recursos do erário. Isso pode ser bem notado em discussão recente que ocorreu quando da prolação do Acórdão 1.424-2020-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro³¹⁹.

³¹⁶ LEIRNER, Piero C. **As Políticas Públicas Segundo a Antropologia**. In: Marques, E. & Faria, C. A. P. A política pública como campo disciplinar, Editora Fiocruz/Editora UNESP, RJ/SP, 2013, p. 78.

³¹⁷ Alberto Bonfim ensina que os membros de uma comissão, nomeados em um processo administrativo, devem agir com senso de equilíbrio, considerando ainda que “os interesses coletivos preponderam sobre os individuais, dentro do axioma atribuído a Clemenceau, segundo o qual, o cérebro, que é a razão, paira acima do coração, que simboliza a amizade, e do fígado, que simboliza o ódio”. BONFIM, Alberto. **O processo administrativo – comentários, rotina e modelos de atos oficiais**. 5ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A., 1956, p. 17.

³¹⁸ DALLARI BUCCI, Maria Paula. **Políticas Pública- Reflexões para um conceito jurídico**, Ed. Saraiva_ UNISANTOS, São Paulo, 2006, p. 15

³¹⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 1.424/2020-TCU-Plenário**. Relator: RAIMUNDO CARREIRO. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 03 jun. 2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 02 set. 2020.

O *decisum* acima versa sobre questão corriqueira que envolve a mutabilidade de cargos públicos dentro do País, qual seja, o rompimento do vínculo jurídico de servidor público com a Administração Pública Federal e o consequente obstáculo para o restabelecimento de vantagens da Lei 8.112/1990, independentemente do momento em que esse servidor veio a estabelecer novo vínculo com a Administração Federal, bem como de quando houve a revogação da norma que criou parcela ou vantagem anteriormente concedida.

Nos autos que deram origem ao Acórdão 1.424-2020-TCU-Plenário, a unidade técnica responsável pela instrução do processo no âmbito do TCU entendeu que, identificado o pagamento da parcela irregular há mais de cinco anos, embora tal vantagem não pudesse ser extirpada de imediato, em face de a Administração Pública ter o dever de observar o art. 54 da Lei 9.784/1999, ela deveria ser absorvida em razão das próximas reestruturações de carreira, considerando que permitir o pagamento *ad aeternum* da parcela irregular seria o mesmo que entregar ao servidor público direito adquirido a regime jurídico, em dissonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que decidido nos autos do RE 610.503 AgR/SE, de relatoria do Ministro Roberto Barroso³²⁰.

Observa-se do entendimento da unidade técnica do TCU acima esposado que se está diante de uma aplicação do Princípio Juridicidade, em face do então disposto no art. 54 da Lei 9.784/1999, em eventual contraponto com o Princípio da Segurança Jurídica, fornecendo uma solução para evitar o corte imediato da vantagem mencionada, exatamente em consonância com este último princípio, que privilegia a confiança legítima. Considerando o problema de pesquisa a ser solucionado, no sentido de, essencialmente, acarear a decisão tomada no âmbito da Administração Pública face àquela adotada pelos tribunais de contas, pode-se concluir que a ponderação de juízo jurídico feita pela unidade técnica do TCU não deve ser aqui objeto de crítica para fins de se buscar a uma conclusão jurídica sobre a respectiva correção ou não do pronunciamento, ou seja, se a proposta do corpo técnico deveria ou não ter sido adotada pelo TCU como foi sugerida.

Contudo, pode-se imaginar, em um rápido juízo de cognição sumária, que a percepção da parcela irregular no contracheque do agente público por toda a vida afrontaria, no mínimo, o princípio constitucional da impessoalidade, insculpido no art. 37 da Constituição Federal, haja vista que tal circunstância desequipara a situação do agente beneficiário dessa decisão daquela

³²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 610.503 Sergipe**. Relator: Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Brasília, 14 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 03 set. 2020.

outra distinta referente a servidor diverso de mesma carreira do beneficiado, pelo fato de que este último não foi agraciado por tal vantagem em seus vencimentos. Um ato contendo vício de tal natureza poderia ser considerado até mesmo como inválido, isso, porque, para um ato ser considerado válido, deverá estar em consonância com a norma jurídica superior, no presente caso, a Constituição Federal³²¹.

Deixando assim de adentrar no mérito da instrução da unidade técnica do TCU sobre o tema discutido no âmbito do Acórdão 1.424-2020-TCU-Plenário, haja vista extrapolar a abordagem desse capítulo, cabe esclarecer que não foi esse o entendimento adotado pela corte de contas quando do exame do mérito do caso concreto. Acompanhando o relator dos autos, o TCU decidiu, mediante esse acórdão, que, no âmbito da atuação administrativa, nos termos do art. 54 da Lei 9.784/1999, os atos produzidos há mais de cinco anos - mesmo que irregulares e contrários ao entendimento de que não se devem carrear vantagens após o rompimento do vínculo com a Administração Pública Federal -, deverão ser preservados, “sem prejuízo da competência de controle externo do Tribunal de Contas da União, nos termos da Lei 8.443/1992³²²”.

Nesse momento, chama-se atenção para a parte final do parágrafo anterior, da qual se pode inferir o entendimento do TCU, no sentido de que a competência de controle externo das cortes de contas, no que tange ao exame da legalidade de parcelas para fins de registro, é distinta daquela de alçada da Administração Pública. A bem da verdade, a Constituição Federal, em seu art. 71, inciso III, atribui competência para que o TCU aprecie, para fins de registro, a legalidade de aposentadorias, reformas e pensões. Todavia, isso não torna de imediato evidente que esse ato de apreciação - em conjunto com todos os atos que nele se conformam, a exemplo de parcelas que compõem os vencimentos dos servidores -, é um ato com conteúdo tão distinto daqueles que foram produzidos pela Administração Pública, a ponto de a vantagem pecuniária em apreço receber um tratamento diferenciado.

Esse é o problema a ser aqui enfrentado na pesquisa, cujo capítulo final, dedicado essencialmente a peculiaridades que envolvem o controle externo, irá delinear de maneira mais detida o assunto. De qualquer forma, à Administração Pública, que detém suas próprias formas

³²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4º ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003, p. 87.

³²² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 1.424/2020-TCU-Plenário**. Relator: RAIMUNDO CARREIRO. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 03 jun. 2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 05 set. 2020.

de controle, além do próprio controle interno, não cabe permanecer inerte, deixando que o ato eventualmente eivado de irregularidades permaneça assim por anos – como no caso acima revelado-, e, conseqüentemente, encontrando dificuldades jurídicas para ser revertido. Ainda nessa linha, com o intuito de que se busque evitar ou minimizar a decisão administrativa irregular que concedeu ilicitamente uma parcela remuneratória, faz-se mister apresentar um controle que guarda certa correlação com as atribuições de controle externo, qual seja, o controle incidental, do qual passaremos a analisá-lo na próxima seção.

3.2 Controle incidental como mecanismo de combate à decisão administrativa irregular

Apesar da constante evolução da máquina pública e da profissionalização de seus servidores, decisões irregulares que concedem ilicitamente vantagens ou parcelas remuneratórias ainda ocorrem com certa frequência, infelizmente. Conforme destacado no início deste capítulo, não é desejável que a operacionalização dos mais distintos mecanismos de controle aguarde que o ato administrativo irregular seja elaborado para que só então os instrumentos adequados sejam acionados pelos órgãos ou entidades do poder público.

Os mecanismos de controle existem exatamente para coibir ou ao menos minimizar a ocorrência de erros ou falhas ocorridas nas decisões constantes dos processos administrativos. Nesse sentido, todas as formas de controle devem ser estimuladas e concertadas com o intuito de que seja evitada a ocorrência de atos decisórios inválidos ou irregulares para, conseqüentemente, impedir ou minimizar o desperdício de recursos públicos, estimulando o desenho e a implementação de políticas públicas.

Entre esses controles, alguns se destacam mais, principalmente porque são utilizados de modo mais frequente em um determinado campo de atuação. Desse modo, essa seção irá apresentar uma dessas formas de controle que está bem próxima do gestor do erário e também do cidadão ou do agente público, qual seja, o controle de constitucionalidade incidental, demonstrando como nele se chegou e como ele poderá refletir nas decisões administrativas irregulares e, ainda, como se correlaciona com o controle externo exercido pelos tribunais de contas.

3.2.1 O controle de Constitucionalidade Incidental na Administração: Reflexo nas Decisões Administrativas irregulares

Ainda, diante das mais diversas provocações que são impostas à Administração Pública do século XXI, e, também, em face da escassez de recursos, tão relevantemente destacada pelos mais distintos economistas, os gestores necessitam cada vez mais tomar decisões em um período menor de tempo. As mencionadas decisões são, por vezes, baseadas na ideia clássica da fundamentação, que privilegia a proteção de atos mediante táticas conservadoras no processo de conhecimento, as quais, a bem da verdade, tendem a assegurar os velhos erros³²³.

O tempo é uma das dimensões de maior amplitude quando o assunto abrange decisões administrativas que, quase sempre, estão correlacionadas com vultosos recursos públicos. E, ainda, faz-se mister dizer que algumas dessas decisões podem estar relacionadas ao cumprimento de leis, passadas então pelo crivo de nossos legisladores, ou, também, a uma questão de controle de políticas públicas, no intuito de estabelecer “limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário³²⁴”.

Outros elementos também compõem esse cenário. Nessa esteira, relevante dizer ainda que o mundo dos diversos tipos de mídia, além de inevitável, tem também as suas utilidades³²⁵, e, no que diz respeito aos gastos públicos, ele fatalmente tem grande relevância. A imprensa é um importante motor de controle social, tanto é assim que, por vezes, deparamo-nos com notícias dos mais diversificados meios de mídia, relatando a existência de leis inconstitucionais que brotam do Poder Legislativo em todo o Brasil³²⁶.

Diante de tantas leis cuja constitucionalidade é questionada, coloca-se perante o radar dos operadores do Direito a indagação no sentido de se identificar quando e como é ou seria

³²³ ALBERT, Hans. **Tratado da Razão Crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro LTDA. 1978, p. 58.

³²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 55.

³²⁵ SARTORI, Giovanni. **Homo videns: televisão e pós-pensamento**. Tradução de Antônio Angonese. Bauru, São Paulo: Edusc, 2001, p. 9.

³²⁶ Como exemplo, aproveita-se para transcrever nota extraída do site G1 Distrito Federal, que dá uma ideia da dimensão de leis que são questionadas perante o Poder Judiciário, com o seguinte teor, *litteris*: “A Justiça do Distrito Federal manteve ao longo do mês de maio duas leis aprovadas pela Câmara Legislativa que tinham sido questionadas, apontadas como inconstitucionais. O Conselho Especial do Tribunal de Justiça entendeu que elas não ferem a Lei Orgânica do DF. Isso dá um saldo de 17 ações diretas de constitucionalidade apreciadas na Justiça desde o começo do ano. Placar: 15 leis foram derrubadas e 2 foram mantidas. Na média, 10% das leis que passam pela Câmara são questionadas judicialmente.” (destaques acrescentados) G1 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/justica-nega-inconstitucionalidade-e-mantem-leis-aprovadas-pela-cldf.ghtml>>. Acesso em 02 set. 2019.

possível realizar o controle de constitucionalidade dessas leis que, em diversificadas situações, tem o potencial de causar enorme dano aos cofres públicos. Embora algumas dessas leis flagrantemente inconstitucionais venham a ser assim reconhecidas pelo Poder Judiciário, é bom destacar que essas normas chegam a produzir efeitos durante um bom tempo, situação que, em muitos casos, provocam prejuízos irreversíveis ao erário. Esses atos jurídicos, sejam eles legislativos ou administrativos, deverão ser afastados por nulidade absoluta, em nome do Princípio da Supremacia Constitucional, o qual fixa que a totalidades desses atos jurídicos devem estar de acordo com a Constituição³²⁷.

Considerando a amplitude do tema, delimita-se aqui a presente análise a ser feita nesse momento, no sentido de verificar o relevante controle de constitucionalidade difuso de leis que causam impactos em decisões administrativas irregulares – não ainda, como se verá logo adiante, sem mostrar breve histórico de como ele se estabeleceu e evoluiu-, notadamente aquelas que concedem vantagens aos servidores públicos, analisando os aspectos jurídicos do alcance do controle de constitucionalidade incidental.

Atos que desrespeitam o estado democrático de direito devem ser controlados pelo Poder Judiciário, com o intuito de assegurar o que está prescrito na Constituição³²⁸. Destaque-se que as respectivas decisões administrativas que deferem vantagens aos servidores públicos, especificamente aquelas que concedem gratificações ou outras vantagens irregulares a esses agentes, tem um potencial elevado de causar prejuízos que minam o tão escasso recurso do Estado, tendo em vista que, o que foi indevidamente pago, nem sempre poderá ser recuperado pela Administração, em face de vários institutos e entendimentos que proíbem provocar o decesso remuneratório.

Devido a isso, torna-se de inigualável importância estudar e demonstrar os contornos jurídicos relacionados à evolução dos tipos de controle de constitucionalidade que podem ser utilizados em leis que deferem vantagens no âmbito do serviço público, especificando ao final importantes nuances do controle de constitucionalidade difuso. Ademais, cabe destacar que o controle de constitucionalidade é um elemento de obtenção de qualidade do processo³²⁹,

³²⁷ GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieri. **Controle difuso-incidental de constitucionalidade: capitalização nos contratos bancários**. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, p. 19.

³²⁸ RIBAS, Carolinne Leal, CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli. **O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. Rio de Janeiro, v. 268, Revista de Direito Administrativo, jan./abr., 2012, p. 84.

³²⁹ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/99**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 249.

podendo a decisão final nele adotada servir de paradigma seguro a outras situações análogas. O controle tem como referência “toda ação de poder, próprio ou de outrem³³⁰”. O legislador constitucional, então preocupado com os fatos que poderiam desvirtuar a aplicação dos preceitos então estabelecidos em nossa Carta Magna, estabeleceu um conjunto de controles de constitucionalidade, que podem ser utilizados ou para prevenirem o desrespeito às normas constitucionais ou para identificarem aquelas leis que já infringiram a Constituição Federal.

Então, para configurar esse chamado controle de constitucionalidade³³¹, não se pode olvidar da necessidade de se ter uma constituição, a qual deve ser preservada como um princípio normativo acima de todas as outras normas. Corroborando esse argumento, cita-se Gilmar Ferreira Mendes, que, ao referenciar Hans Kelsen, assim dispõe: “Vê-se, assim, que a Constituição, no sentido estrito do termo, é formada pelas regras que disciplinam a criação das normas essenciais do Estado, organizam os entes estatais e consagram o procedimento legislativo³³²”.

O controle jurisdicional parte do pressuposto de supremacia constitucional, em detrimento de outras normas³³³. É preciso esclarecer, no entanto, que o controle mencionado no parágrafo anterior está vinculado ao conceito material de controle de constitucionalidade, isso porque, ao se defender que a Constituição deve abarcar todas as regras e normas essenciais de um determinado Estado, está assim de certa maneira caracterizando aquilo que realmente é tido como norma hierarquicamente superior às demais regras infraconstitucionais, principalmente em relação ao seu conteúdo constitucional.

Esse controle, de origens remotas, possui basicamente dois tipos (com outras diversas subdivisões, que, nesse momento, para os fins do presente trabalho, não se revela essencial destacar), quais sejam, o controle difuso ou concreto e o controle concentrado ou abstrato, sendo que se revela importante tecer sucintos comentários para distingui-los, haja vista que, a partir desse raciocínio, poderá ser apresentado maiores detalhes sobre o controle de constitucionalidade difuso, muito utilizado no âmbito da Administração Pública. Ressalte-se

³³⁰ PONDÉ, Lafayette. **Controle dos Atos Administrativos**. Rio de Janeiro, v. 212, Revista de Direito Administrativo, abr./jun, 1998, p. 41.

³³¹ Necessário dizer que, para se ter um controle de algo, qualquer que seja o objeto, faz-se premente ter um padrão estabelecido para tanto, que, no caso da ciência jurídica, é a norma quem faz esse papel, podendo ela ser positivada ou, ainda, até mesmo fixada no senso comum daqueles que serão controlados.

³³² HANS KELSEN apud MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1.152.

³³³ NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle Difuso de Constitucionalidade: uma análise a partir do Caso Marbury versus Madison e da judicial review**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 9

que o controle da Administração vem se ampliando, com o intuito de compatibilizar os atos administrativos ao ordenamento jurídico³³⁴. Esses controles, porém, foram originados em espaços e momentos distintos, e também possuem diferentes efeitos em sua devida aplicação, como será visto adiante.

A mencionada divisão tem o condão de identificar qual seria o devido alcance do controle da norma perante à Constituição: caso a constitucionalidade da lei esteja sendo questionada no âmbito de um processo que atinge somente as partes que estão em litígio, não possuindo reflexo nos demais membros do Estado, esse controle é então denominado de difuso ou concreto. O controle difuso é de ascendência norte-americana, e tornou-se difundido no tão mencionado caso *Marbury versus Madison*, de 1803, conquanto alguns doutrinadores afirmam que este controle já estava presente em decisões anteriores tomadas no próprio Estados Unidos. No Brasil, ele surgiu em 1891, e se destaca pelo fato de qualquer juiz ou tribunal ter o poder de declarar a inconstitucionalidade em uma situação fática concreta, com eficácia *ex tunc*, e, devido a sua própria natureza, a decisão que dele surge produz efeitos vinculando apenas as partes enredadas no processo³³⁵.

Esse controle, que se originou após anos sob a vigência da primeira Constituição brasileira, qual seja, de 1824 - que sequer apresentava qualquer tipo de controle de constitucionalidade, conforme o pensamento de boa parte da doutrina -, veio então com a nossa primeira Constituição de origem republicana, em 15/11/1889, quando então foram criadas as bases para a existência de um sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, que, somadas a essa república, compõem também o federalismo e o presidencialismo³³⁶.

O controle de constitucionalidade, como já dito antes, de origem norte-americana, foi importado para o Brasil quando do início da República³³⁷. Ao carrear um sistema de controle de constitucionalidade de um outro país, que possui até mesmo um outro sistema jurídico (*common law*), originaram-se muitas críticas de diversos doutrinadores. Um dos pontos

³³⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart, OLIVEIRA, Vitória Cristina. **Constitucionalização do Direito Administrativo e a Sindicabilidade do Ato Discricionário**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 1, 2016, p. 175.

³³⁵ LEITE, Fábio Carvalho. **Controle de Constitucionalidade: aspectos controversos**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 10.

³³⁶ JOSÉ DOS REIS, Wanderley. **Controle de Constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 25.

³³⁷ Interessante mencionar que o controle de constitucionalidade difuso das normas brasileiras esteve intrinsecamente relacionado à concepção do próprio Supremo Tribunal Federal - STF, anteriormente denominado de Supremo Tribunal de Justiça. Basta ver que a origem da Corte Constitucional se deu em 1890, sendo que a República e, conseqüentemente o controle de constitucionalidade difuso, se originaram aqui em 15/11/1889, em data muito próxima àquela da criação do STF.

relevantes a se destacar é o fato de que, no Brasil, não havia um instrumento para dar efeito vinculante às decisões proferidas no âmbito do controle difuso³³⁸. Já nos Estados Unidos, embora eles utilizem do controle difuso, lá existe o mecanismo denominado de *stare decisis*.

O *stare decisis* é um elemento de coesão ao sistema de controle de constitucionalidade norte-americano, isso porque quando a Suprema Corte Americana decide se determinada norma é ou não constitucional, um outro juiz qualquer não poderá aplicar essa mesma lei com entendimento distinto da Corte Constitucional a uma outra situação fática análoga àquela que gerou o precedente, conferindo assim um elemento de segurança legal ao aparelho jurídico da nação norte-americana.

Desse modo, como bem ressalta Jose Levi Mello do Amaral Júnior, o modelo brasileiro apresentou inicialmente certa incongruência. Chega-se a essa conclusão porque, conforme bem ilustra em seu artigo “Controle de Constitucionalidade Evolução Brasileira Determinada pela Falta do Stare Decisis”, nosso país copiou de início o padrão norte-americano de controle difuso, mas junto a ele o “*stare decisis* não veio ao direito brasileiro quando do transplante (ou cópia) do modelo americano”³³⁹.

Daqui já se pode criar os primeiros enlaces de aproximação do controle de constitucionalidade e a sua possível aplicação em uma decisão administrativa fundamentada em uma lei: as decisões administrativas devem estar sempre amparadas em uma norma jurídica, isso, porque o Direito Administrativo brasileiro, como ramo do Direito Público que é, deve obediência ao interesse público ou geral e, conseqüentemente, ao Princípio da Legalidade - observadas as reservas feitas à aplicação deste princípio no primeiro capítulo-. De qualquer modo, ainda que se tenha dificuldade para definir o que é um interesse geral, “não há dúvidas de que a finalidade do ato é atender ao interesse público, com respaldo na lei”³⁴⁰.

Nesse sentido, quando o administrador do erário ou o gestor da administração pública decide determinado pedido do cidadão, ou toma uma decisão em grau de recurso administrativo, fundamentando o seu ato em uma lei específica, nada mais lógico que essa lei esteja em concerto com a Constituição Federal, pois, do contrário, a mencionada decisão irá contra todo o nosso

³³⁸ NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle Difuso de Constitucionalidade: uma análise a partir do Caso Marbury versus Madison e da judicial review**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 10.

³³⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis** in Revista dos Tribunais, vol. 920, 2012, p. 133.

³⁴⁰ RIBAS, Carolinne Leal, CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli. **O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. Rio de Janeiro, v. 268, Revista de Direito Administrativo, jan./abr., 2012, p. 97.

sistema jurídico, devendo ser aplicado algum tipo de controle repressivo – que atua sobre o ato já executado ou em execução³⁴¹ –, com o intuito de afastar o risco de que pessoas semelhantes e com problemas análogos sejam tratadas de forma distinta em cada unidade da federação, haja vista que a Administração Pública, em todos os entes federados, decide inúmeros casos todos os dias com base em leis vigentes.

A pretensa inconstitucionalidade da lei pode então no Brasil ser afastada por qualquer juiz que esteja se debruçando sobre o caso concreto, cuja decisão, em regra, vinculará exclusivamente as partes envolvidas no litígio, sendo esta uma característica básica do controle difuso de constitucionalidade. Mas, no controle difuso, o que está sendo avaliado na situação fática não é a constitucionalidade da lei em si; isso porque o objeto do litígio é outro, e não somente declarar a norma inconstitucional. O afastamento da norma por ser inconstitucional é um incidente mirando a solução da lide: daí o motivo pelo qual também é conhecido como controle difuso ou incidental. Esse controle é um instrumento de defesa das minorias, que também têm interesses em direitos assegurados na respectiva Carta Magna do País, em proteção aos empenhos de mudanças eventualmente promovidas pela maioria³⁴².

No entanto, é de se olvidar que o controle de constitucionalidade difuso funciona de modo satisfatório nos Estados Unidos, em razão de que este país adota como sistema jurídico o *commom law*, cujos precedentes devem ser observados nas resoluções das demandas pelo poder judiciário daquela nação, embora haja críticas no sentido de que o *judicial review*, a bem da verdade, trata somente de questões secundárias, como interpretações, textos e precedentes³⁴³. Já em nosso país, em que vigora o *civil law* e, conseqüentemente, não adota no momento o sistema de precedentes (pelo menos não com as características do modelo norte-americano), a assunção de um modelo totalmente difuso, em que qualquer juiz pode vir a decidir sobre a constitucionalidade das leis de maneiras totalmente distintas, mesmo que diante de casos análogos, faz com que o sistema jurídico seja eventualmente colocado em risco, com potencial de ocasionar enorme insegurança jurídica.

³⁴¹ PONDÉ, Lafayette. **Controle dos Atos Administrativos**. Rio de Janeiro, v. 212, Revista de Direito Administrativo, abr./jun, 1998, p. 43.

³⁴² Kelsen, Hans. **A jurisdição constitucional in Jurisdição constitucional**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 182.

³⁴³ WALDRON, Jeremy. **A Essência da Oposição ao Judicial Review**. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Tradução: Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.98.

Aqui então nasce a necessidade de revelar ligeiramente o outro tipo de controle de constitucionalidade, que se distingue do controle difuso, principalmente em razão de seu alcance: enquanto o controle de constitucionalidade difuso tem o condão, em regra, de vincular somente as partes, impondo apenas a elas as regras resultantes do respectivo controle, nesse outro tipo, qual seja, o controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato, o que nele for decidido vincula toda a Administração Pública, bem como o Poder Judiciário, exceto a própria Corte Constitucional e o Poder Legislativo.

O controle acima apresentado é conhecido na doutrina como sistema austríaco de controle, então idealizado por Hans Kelsen, que assim o fez, elaborando o projeto a pedido do governo daquele país³⁴⁴. Tinha o mencionado controle, como idealização de Kelsen, colocar a constituição no topo da pirâmide do sistema jurídico, dividindo o sistema de uma maneira hierárquica, ajustado por meio de graus, nos quais estão dispostas as diversas fontes do Direito, afastando assim a ideia de uma Constituição como apenas um agrupamento de princípios, e não só desses, mas também de direitos fundamentais, e, ainda, não tinha a intenção de criar uma Constituição rígida³⁴⁵.

Isso significa que, independentemente de criar uma Constituição rígida, ou ainda, fixar um conjunto de princípios ou de direitos fundamentais cuja intenção era a de obter uma sociedade organizada, a ideia de Hans Kelsen era a de colocar a Constituição no vértice do sistema jurídico, estabelecendo degraus hierárquicos em que viessem a se amoldar todas as fontes normativas. Todavia, conforme já aqui citado, esse não foi o primeiro controle estabelecido no Brasil, que, como explicitado anteriormente, foi o difuso o aqui fixado originalmente, então importado dos Estados Unidos.

A insuficiência do modelo de controle de constitucionalidade difuso, então criado na Carta Magna de 1891, apresentava as suas deficiências diante das decisões que poderiam ser conflitantes em face dos diversos órgãos do Poder Judiciário competentes para decidirem sobre a constitucionalidade, fazendo surgir um estado de insegurança e incerteza dentro do Direito, e, ainda, um excesso de demandas junto aos diversos órgãos do Poder Judiciário. Dessa forma, enquanto a Carta de 1891 foi influenciada pelo paradigma de controle difuso de

³⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. P. 733.

³⁴⁵ Ibidem. p. 733

constitucionalidade norte-americano, veio a Constituição Federal de 1934, já incorporando os ideais europeus de constitucionalidade³⁴⁶.

Esse novo modelo de controle das normas, disposto em nossa Constituição de 1934, então inspirado nos paradigmas europeus, principalmente nos ideais de Kelsen e toda a sua exposição de hierarquia de normas, trouxe para nós a cláusula da reserva de plenário, a qual imprimia a necessidade de se obter a maioria dos votos dos membros de um tribunal para que este viesse a declarar inconstitucional um ato do Poder Público ou lei específica. Essa determinação estava fixada no art. 179 dessa Constituição.

O Direito é algo dentro da sociedade³⁴⁷, sociedade que, de alguma forma, direta ou indiretamente, promove alterações no próprio direito. Assim, o que poderia trazer esse sistema de novo, tendo em mente a aprimoração do sistema difuso de constitucionalidade, visando contornar as dificuldades que esse controle vinha demonstrando em face daquele sistema jurídico de controle? Ora, ao exigir uma limitação como essa, impondo a objetividade da obtenção da maioria de membros de um tribunal para declarar a inconstitucionalidade de uma norma ou de um ato do Poder Público, faz-se necessariamente surgir uma decisão que venha a adotar um pensamento mais equânime e melhor distribuído sobre a eventual inconstitucionalidade da norma ou do ato do poder público, e, conseqüentemente, aproxima-se de um sistema mais protetor da segurança jurídica, cujo modelo de decisão teria o poder de fornecer um paradigma fundamentado em maior discussão e exposição de ideias – ao menos em tese.

Foi então um grande avanço. A Constituição de 1934 também trouxe outros importantes instrumentos de melhoria em relação às disfunções do controle difuso, a exemplo da possibilidade da adoção do efeito *erga omnes* da decisão expedida pelo Poder Judiciário em sede de recurso, a ser executada pelo Senado Federal³⁴⁸. Trouxe ainda a ação direta interventiva, não se fazendo essencial, para fins dessa pesquisa, aprofundar nos detalhes promovidos por tais alterações.

³⁴⁶ JOSÉ DOS REIS, Wanderley. **Controle de Constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 28.

³⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **El Derecho como sistema social**. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 72.

³⁴⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 37.

Já a Carta Constitucional de 1937 foi considerada por muitos um retrocesso quanto ao Controle de Constitucionalidade, haja vista que preservou o sistema de controle de constitucionalidade difuso, no entanto, ainda que tenha também mantido a cláusula de reserva de plenário, no sentido de que somente a maioria dos juízes de um tribunal poderia então declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato de presidente da República, prescreveu vedação ao Poder Judiciário de conhecer de causas de cunho exclusivamente político e, ainda, fez desaparecer a possibilidade da suspensão por parte do Senado da execução da lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário³⁴⁹.

Sabe-se que o Poder Executivo e Poder Legislativo devem ser limitar de maneira recíproca, mediante a comunhão de estatuir e impedir³⁵⁰. Desse modo, já no ano de 1946, com a promulgação de nova Carta Constitucional, houve reparos no sistema de constitucionalidade, então enfraquecido pela Constituição de 1937. Entre as principais mudanças ocorridas que pode ser citada logo de início foi a eliminação da possibilidade de o próprio presidente da República levar a lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário à análise do Poder Legislativo, mais precisamente ao Congresso Nacional. Essa forma de submissão da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário àquela Casa legislativa era muito criticada pelos estudiosos do Direito – visto que indicava eventual intervenção em um Poder-, e então aplaudiram a mudança provocada pela Lei Constitucional 18/1945, então referendada pela Constituição de 1946.

O controle de constitucionalidade evoluiu da interpretação da própria função judicial³⁵¹. Nessa linha evolutiva, a Constituição de 1946 também permitiu que a União pudesse intervir nos Estados por meio de submissão do ato questionado pelo Procurador-Geral da República à análise do Supremo Tribunal Federal, sendo que este, ao declarar a inconstitucionalidade do ato, faria com que a intervenção fosse decretada por meio de lei, nos termos do seu art. 8º, parágrafo único. Permitiu-se ainda ao Senado Federal, mediante o disposto no art. 64 da Constituição de 1946, a suspensão, no todo ou em parte, de lei ou decretos então revelados inconstitucionais por disposição definitiva da Corte Constitucional, com a intenção de manter um equilíbrio entre os Poderes da União.

³⁴⁹ JOSÉ DOS REIS, Wanderley. **Controle de Constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 33.

³⁵⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”** in Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008, p. 56.

³⁵¹ LAURENTIIS, Lucas Catib de. **Entre Lei e Constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 260, 2012, p. 136.

Todavia, segundo destaca Manoel Antônio Teixeira Filho, foi com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965 que houve ampliação dos pressupostos autorizativos para o exercício da ação direta, por meio da qual tornou-se possível, mediante Representação do Procurador-Geral da República, provocar a Corte Suprema Constitucional, com a intenção de dela obter uma análise jurisdicional sobre a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, seja federal, seja estadual. Ademais, tornou-se viável, mediante esta emenda constitucional, que uma lei ordinária pudesse fixar processo, com competência originária dos tribunais de justiça, para então declararem a inconstitucionalidade de lei ou de ato de município colidente com a Constituição Estadual respectiva, nos termos do seu art. 19, inciso XIII³⁵².

Entende-se que o fortalecimento do controle de constitucionalidade é essencial para a manutenção do zelo com o ato administrativo, o qual deriva da aplicação de uma lei que não pode afrontar a Carta Magna. Consequentemente, o robustecimento do controle de constitucionalidade também contribui para a formação de uma consciência jurídica, influenciando na ampliação do juízo de obrigação do cumprimento das regras constitucionais³⁵³.

Nessa linha, verifica-se que o Poder Judiciário, embora com críticas relacionadas à moral e ao problema político ocasionado por uma eventual decisão contramajoritária de sua parte³⁵⁴, robusteceu-se de elementos para efetuar o devido controle de constitucionalidade no Brasil. Dessa forma, a Carta Constitucional de 1946 fixou bem as competências, no que diz respeito ao controle constitucional: o Poder Judiciário podia então declarar a inconstitucionalidade por meio de ação direta e o Poder Legislativo, então representado pelo Senado Federal, podia suspender, total ou parcialmente, a execução da norma legal ou do ato normativo do Poder Público confrontador do texto constitucional³⁵⁵.

A partir de então, fixado esse novo paradigma instituído pela Constituição Federal de 1946, o poder de manter ou de se buscar um entendimento jurídico mais equânime junto às decisões tomadas no âmbito do Poder Judiciário brasileiro foi estendido, no que diz respeito a

³⁵² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público**. São Paulo: LTR, 1985, p. 34-35.

³⁵³ Bandeira de Mello explica que a Constituição Federal, além de um conjunto de normas e de princípios que regem os cidadãos, também expressa um ideário e os anseios da sociedade, cujos comandos se convertem em regras impositivas. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.11.

³⁵⁴ LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H. **Separation of Parties, not Powers** in Harvard Law Review, vol. 119, n. 8, jun/2006, p. 2364.

³⁵⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público**. São Paulo: LTR, 1985, p. 33.

fazer prevalecer a superioridade hierárquica da Constituição, embora ainda convivendo com uma certa limitação, ora pelo Procurador-Geral da República, com a detenção da responsabilidade de iniciar a provocação e entregar a análise jurisdicional do litígio ao Supremo Tribunal Federal, ora pelo Senado Federal, possuidor do encargo de suspender a execução do ato normativo ou da norma legal que infringiu a Carta Constitucional, total ou parcialmente.

Veio o ano de 1967, e com ele a Constituição Federal de mesma data. Essa Carta Magna “não trouxe modificações importantes ao sistema de controle de constitucionalidade³⁵⁶”. Era o período ditatorial no Brasil, então regulado por essa Carta Constitucional, que promoveu algumas singelas mudanças no controle de constitucionalidade do país. A principal delas, digna de relevo para o presente trabalho - embora tal alteração não corresponda a um ato complexo³⁵⁷, um dos objetos a ser parcialmente estudado nesta pesquisa no capítulo final-, foi a constante do seu art. 11, § 2º, que transferiu do Congresso Nacional para o Presidente da República o domínio de suspensão do ato ou da lei então declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, para consentir que a União pudesse intervir nos Estados que deixassem de notar os princípios prescritos em seu art. 10, inciso VII e suas alíneas³⁵⁸.

Em um primeiro momento, a mencionada alteração pode não parecer tão relevante. Todavia, ao examinar os itens constantes das alíneas do inciso VII do art. 10 da Constituição de 1967, verifica-se que tal prerrogativa confere ao Presidente da República um alto grau de destaque político, diante do poder simbólico a ser exercido por ele em face dos outros Poderes e entes federados, considerando que, quando o próprio chefe do Poder Executivo estabelece a intervenção, a sua imagem de verdadeiro negociador dos problemas do Estado permanece em proeminência e com alto valor.

Veio então em 05.10.1988 a Constituição Federal de 1988, apresentado uma visão democrática, com capacidade efetiva de impactar todo o sistema jurídico nacional, o que, de fato, realmente se esperava dela, haja vista que tinha a intenção real de romper com o sistema vigente durante a ditadura militar e, conseqüentemente, trouxe relevantes inovações ao controle

³⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 87.

³⁵⁷ O ato complexo é aquele formado por um único ato, não divisível e formado pelas vontades distintas e homogêneas, sendo que nenhuma dessas vontades é responsável única pela formação do ato administrativo separado. PONDÉ, Lafayette. **Controle dos Atos Administrativos**. Rio de Janeiro, v. 212, Revista de Direito Administrativo, abr./jun, 1998, p. 43.

³⁵⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público**. São Paulo: LTR, 1985, p. 36.

de constitucionalidade, sobretudo sob à luz de proporcionar decisões que fossem mais harmoniosas em todos os entes da federação.

Como já se aguardava, o controle de constitucionalidade, carreado pela Carta Magna de 1988, teve o condão de atribuir maior ênfase ao sistema concentrado, que é então reservado, direto, em abstrato, por via de ação ou principal, em vez de privilegiar o sistema de maior relevância anterior, qual seja, o sistema de controle difuso, consistente em um controle aberto, descentralizado ou indireto, em concreto, por via de defesa ou de exceção (incidental)³⁵⁹. Ao privilegiar o sistema concentrado de constitucionalidade, buscou-se, como já dito aqui anteriormente, corrigir as falhas do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade ao aplicá-lo no Brasil, e, ainda, tornar a nova Carta Magna um verdadeiro centro de gravidade devidamente monitorado pelo Poder Judiciário, no caso, controlado em última palavra pelo Supremo Tribunal Federal.

O controle agora, voltado a resguardar não só a Constituição Federal – que fixa matérias de ordem nacional, e ainda, de caráter local³⁶⁰-, também agora se volta mais explicitamente aos interesses da sociedade – como enfoque do presente artigo-, podendo então ser provocado ora pelo próprio administrado, mediante o controle difuso ou incidental, em que o assunto principal da lide não versa sobre a constitucionalidade da norma em si; ou, ainda, mediante o controle concentrado, com ampliação dos legitimados para tanto – art. 103 da Constituição Federal de 1988-, aptos a questionarem a própria constitucionalidade da norma, mas não do caso concreto.

Quanto ao ato administrativo - um dos objetos aqui estudado-, volta-se então para o controle incidental, que é de grande valor para essa pesquisa, considerando que, mesmo existindo em algumas situações fáticas discricionariedade do gestor para promover uma determinada ação, com fulcro em uma decisão administrativa, a conduta do administrador público deve estar voltada para a busca da perfeição e da finalidade da norma³⁶¹. Note-se relevante mencionar, principalmente para os propósitos aqui delineados, os efeitos da declaração incidental de constitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir sobre recurso extraordinário, nos termos do art. 102, inciso III da Constituição Federal de 1988.

³⁵⁹ JOSÉ DOS REIS, Wanderley. **Controle de Constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 40.

³⁶⁰ KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional in Jurisdição constitucional**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.183.

³⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32-33.

Dessa maneira, no âmbito de decisão em recurso extraordinário, com o intuito de eliminar a contradição entre a norma e a Constituição Federal e, consequentemente, solucionar os problemas advindos do plano fático³⁶², o Supremo Tribunal Federal pode então declarar incidentalmente, por maioria absoluta, a inconstitucionalidade de uma norma. Saliente-se que, desde a Constituição de 1934, a tradição brasileira era de prever a comunicação do ato decidido como inconstitucional ao Senado Federal, o qual tem a prerrogativa de, no todo ou em parte, suspender a execução da lei então declarada inconstitucional, nos termos do inciso X do art. 52 da Carta Magna de 1988, conforme ensina Luís Roberto Barroso³⁶³.

A divisão de tarefas, tema recorrente em estados federados, gera problemas oriundos da separação de poderes e, consequentemente, a eventuais crises de governabilidade³⁶⁴. Atualmente, existem debates questionando a forma de atuação do Senado, em um momento defendendo a sua atuação discricionária, mediante o seu juízo de conveniência e oportunidade para suspender a execução tida como inconstitucional, e, em outras situações, pregando que a sua competência seria exercitável somente no que diz respeito a dar publicidade às decisões incidentais de inconstitucionalidade declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, aproximando assim o controle incidental do abstrato. Ainda nesse debate, prescreve Luís Roberto Barroso que “uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos³⁶⁵”.

O tema é de enorme relevância para o Direito Constitucional, todavia, para a presente pesquisa, não se vê necessário aprofundar nesse debate. Aqui, resta mais importante mencionar que tanto o controle concentrado, ativado por meio de ação específica, quanto o controle difuso e incidental – este a ser aqui trabalhado em parte -, ambos podem ser utilizados para corrigir uma específica decisão administrativa – direta ou indiretamente-, controle esse que tem impacto significativo perante à Administração Pública, com o intuito de evitar atos irregulares.

Cabe ainda mencionar a extensa discussão sobre a possibilidade ou não de os tribunais de contas exercerem o controle de constitucionalidade difuso, deixando de aplicar leis no caso concreto, por meio da aplicação da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal. Desse modo,

³⁶² PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 50.

³⁶³ BARROSO, Luís Roberto. E-book. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 181-182.

³⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in) governabilidade brasileira**. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 4.

³⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. E-book. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 184.

após a apresentação dessa breve digressão sobre a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, trilha-se agora pelo caminho que visa utilizar de algumas formas de controle de constitucionalidade difuso ou incidental junto às decisões tomadas perante a Administração Pública, com mira em se desviar ou evitar ao máximo a produção de decisões administrativas irregulares, principalmente aquelas que promovem o pagamento de vantagens ilícitas aos servidores públicos.

3.2.2 Viabilidade e nuances do controle de constitucionalidade incidental ou difuso nas decisões administrativas irregulares: qual o alcance do controle externo?

Como bem sabido e veiculado tanto pela doutrina como pela jurisprudência, não há inconstitucionalidade da decisão administrativa em si caso o parâmetro seja a norma infraconstitucional. Isso ocorre porque o que se aprecia é a constitucionalidade da lei ou do ato normativo em razão da Constituição Federal ou Estadual e não em face do ato normativo infraconstitucional propriamente dito. Havendo discricionariedade para o administrador público tomar uma decisão em razão de permissivo legal, o Poder Judiciário pode apreciar a finalidade do ato administrativo, no intuito de averiguar se agiu nos limites do poder discricionário concedido³⁶⁶. Todavia, o objeto do estudo aqui em questão, embora envolva a decisão administrativa propriamente dita, concentra-se também nos fundamentos pelos quais o gestor público utilizou como elementos para motivar a sua decisão.

A Administração Pública deve obediência à lei para deliberar, conforme indica o *caput* do art. 37 da Carta Magna de 1988, adotando a observância da legalidade como seu princípio. É evidente que, no campo atual de estudo do Direito, várias questões são levantadas no que diz respeito ao Princípio da Legalidade, sendo que muitos propagam que, a bem da verdade, contemporaneamente vigora o Princípio da Juridicidade³⁶⁷, em que o aplicador do Direito, para então decidir um litígio, deverá observar todo o sistema jurídico – em que o Direito é estimulado não somente por uma operação interna desse respectivo sistema³⁶⁸ –, e, essencialmente, respeitar a Constituição e não somente a lei em sentido estrito.

³⁶⁶ PONDÉ, Lafayette. **Controle dos Atos Administrativos**. Rio de Janeiro, v. 212, Revista de Direito Administrativo, abr./jun, 1998, p. 110.

³⁶⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 34.

³⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **El derecho como sistema social**. In: DIEZ, Carlos Cómez-Jara (Ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 76

Apesar disso, aqui se partirá do pressuposto que a Administração Pública, no que tange a direitos a serem concedidos aos particulares ou aos servidores públicos, não poderá agir - de regra -, em face da ausência de previsão legal, diante de nossa tradição jurídica romano-germânica, vinculada ao *civil law*, ainda que para extrair o conceito de legalidade deva ser considerado o sistema jurídico ou o Direito como um todo. Isso, porque, dada a evolução do juízo desse princípio, incorporaram-se modificações que amplificaram o seu sentido originário, sem perder de vista que a norma, por ser expressão da vontade geral, tenha o mesmo alcance para todos ³⁶⁹.

Nesse caminho, quando o gestor público indefere um pedido do administrado ou de um servidor público com fundamento na lei (ou no sistema jurídico, privilegiando o Princípio da Juridicidade), caberá a este agente atingido pela decisão, caso se sinta prejudicado pelo ato decisório, dele recorrer administrativamente – ou, futuramente, ao Poder Judiciário, e um dos eventuais fundamentos a ser suscitado por ele é exatamente a inconstitucionalidade da norma alegada no caso concreto.

O ato administrativo decisório pode, também, ser levado à análise do Poder Judiciário, ao qual caberá examinar a sua legalidade ou a sua adequação perante a norma, bem como a sua própria finalidade³⁷⁰, além de, não menos ainda, analisar a sua constitucionalidade. Nesse sentido, caso o seu recurso administrativo ao final não obtenha o efeito desejado, poderá o administrado se socorrer ao Poder Judiciário, ajuizando uma ação para rediscutir o caso concreto, mediante a qual a constitucionalidade da norma então utilizada como fundamento para o ato administrativo mais uma vez poderá ser questionada, podendo gerar uma decisão que venha a considerar inconstitucional aquela lei em debate, com efeitos *inter partes*. A depender da situação fática, o sistema de controle judicial é bastante diverso, sendo que uma das formas para o administrado se insurgir perante o ato inválido é utilizar-se também do mandado de segurança³⁷¹.

Uma melhor visualização desse relevante tipo de controle colocado à disposição do servidor público ou do administrado pode ser observada nos autos do Mandado de Segurança

³⁶⁹ TÁCITO, Caio. **O Princípio de Legalidade: Ponto e Contraponto**. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1996, Rio de Janeiro, 206, p. 1-2.

³⁷⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Princípio da Legalidade e Desvio de Poder**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 152, dez. 2013.

³⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato Administrativo Inválido**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 77.

impetrado no Supremo Tribunal Federal de nº 23.262 do Distrito Federal³⁷², mediante o qual foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei 8.112/1990, em face de esse dispositivo violar o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que tal artigo pretendia considerar os apontamentos funcionais para fins de considerá-los como maus antecedentes.

Ora, é de se observar que, como bem leciona parte da doutrina, o Direito Administrativo tinha a intenção de prolongar institutos do antigo regime, qual seja, do Estado absoluto³⁷³, sendo que, no caso acima apresentado, isso pode ser notado do ponto de vista jurídico em face do prejulgamento do administrado pela Administração, sem mesmo ter-lhe dado a possibilidade de defesa, valendo-se de um caráter autoritário. Dessa maneira, o precedente acima levantado traz o confronto de norma infraconstitucional – no caso a Lei nº 8.112/1990 (RJU) –, em face da CF/1988.

O direito do homem é universal quando pertence a todos e é abraçado por uma proteção jurídico-constitucional³⁷⁴, característica pertencente também ao direito de manejar o mandado de segurança, haja vista que a nossa Carta Magna assegura a sua impetração a todos, nos termos do seu art. 5º, inciso LXIX. Evidencia-se assim que, em situações pelas quais o servidor público experimente que seus direitos foram violados por decisão administrativa, então fundamentada em dispositivo de lei julgada por ele inconstitucional, poderá exercer o seu direito mediante a utilização do mandado de segurança com pedido de liminar - preenchido os requisitos constitucionais e legais para a sua impetração -, configurando assim um relevante instrumento para o exercício do controle de constitucionalidade incidental.

Faz-se relevante mencionar que, embora a Constituição Federal não seja um mero corpo de leis e sim um conjunto de normas supremas a serem observadas, existem nela alguns campos de interpretação que apresentam penumbras, onde incertezas são reveladas³⁷⁵. Nessa esteira, cabe então salientar que a utilização indevida desse instrumento poderá trazer grandes prejuízos

³⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança 23.262 Distrito Federal**. Relator: Dias Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 23 abr. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=271841736&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

³⁷³ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 3. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 4-5.

³⁷⁴ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação dos direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. Tradutor: Dr. Luís Afonso Heck (Professor na UFRGS e ULBRA). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, p. 59-60, jul./set. 1999.

³⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 12-28.

à Administração Pública, principalmente naquelas situações que envolvem valores ou vantagens a serem concedidas a servidores, infringindo princípios como o da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o da Proporcionalidade/Razoabilidade, requerendo do julgador uma avaliação jurídica mais precisa possível, evitando assim que o Estado tenha prejuízos difíceis de serem posteriormente reparados.

O legislador se adiantou a alguns problemas dessa ordem, positivando certas regras com o intuito de impedir prejuízos – afinal, como ensina parte da doutrina, “as premissas são fundamentalmente determinadas para os juristas através do Direito objetivo, em especial através da lei³⁷⁶...”. Dessa maneira, consta da própria Lei nº 12.016/2009 mecanismo que busca impedir prejuízos ao Estado em razão da concessão de medida liminar, vedando em seu artigo 7º, § 2º que a liminar seja concedida em situações de compensação de créditos tributários, de entrega de mercadorias e de bens provenientes do exterior, de reclassificação ou de equiparação de servidores públicos e para a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza³⁷⁷. Ainda, em consonância com o dever de cautela, caberá à pessoa jurídica de direito público interessada ou ao Ministério Público requerer ao presidente do tribunal responsável a suspensão da liminar e da sentença, evitando assim grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, conforme indica o art. 15 da Lei 12.016/2009³⁷⁸.

Outro instrumento relevante de controle a ser utilizado pelo administrado em uma decisão que lhe afete é a reclamação, então disposta nos artigos 102, inciso I, “I”, art. 103-A, § 3º, art. 105, inciso I, “F” e art. 111-A, § 3º, todos da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 988 do Código de Processo Civil - CPC. A reclamação é um instrumento que guarda destacada importância no sistema de controle, podendo também ser empregada não somente em casos de pagamentos irregulares aos servidores públicos, mas ainda na prestação inadequada de um serviço público – “destinado à prestação de utilidades concretas aos indivíduos³⁷⁹”. Nessa linha, embora haja controvérsias a respeito de sua natureza, não cabendo aqui defini-la como um instrumento propriamente dito de controle incidental, a reclamação pode então ser utilizada pela parte – e ainda também provocada pela própria Administração, por meio do ente

³⁷⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 256.

³⁷⁷ BRASIL. LEI Nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 24 dez. 2019.

³⁷⁸ Ibidem.

³⁷⁹ CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 216.

político, para fazer valer a competência e a autoridade de um determinado tribunal em processo específico.

Dessa maneira, caso a Administração tenha proferido ato ou decisão prejudicial ao administrado ou ao servidor público, contrária à autoridade ou à decisão de um determinado tribunal, ou também sem a devida observância a enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, aquele poderá então propor reclamação em desfavor de tal ato ou decisão administrativa, nos termos em que dispõe a CF/1988 e o art. 988 do CPC e seus respectivos incisos e parágrafos³⁸⁰.

A Constituição Federal, como bem se sabe, é interpretada dentro de um plano jurídico ou dogmático³⁸¹, todavia, limites são estabelecidos para a realização dessa interpretação. Cabe então salientar brevemente que, visando a harmonização do sistema, com o intuito de evitar decisões discrepantes perante os diversos tribunais nacionais, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 97³⁸², estabeleceu a cláusula de reserva de plenário, prescrevendo que apenas pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou dos membros do respectivo órgão especial, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público.

Destaca-se que o texto acima, embora seja de aplicação louvável quando analisado sob o prisma de preservação do sistema constitucional, pode, no entanto, ter um efeito contrário à proteção dos direitos dos administrados. Isso, porque, quando se procura limitar as discussões no âmbito do Poder Judiciário, alguns aspectos específicos do caso concreto podem deixar de ser avaliados, sendo nesse sentido um argumento contrário à pretensão contramajoritária do Controle de Constitucionalidade – pretensão essa que vai ao encontro ao entendimento de Dworkin, no sentido de “relativizar a importância da decisão majoritária própria ao parlamento na elaboração legislativa³⁸³” -, com potencial de limitar a proteção constitucional dos direitos das minorias, haja vista que, pelo menos em tese, a maioria dos membros de um tribunal ou de

³⁸⁰ BRASIL. LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1072>. Acesso em: 24 dez. 2019.

³⁸¹ Luís Roberto Barroso profere ensinamento no sentido de que o plano jurídico ou dogmático abrange as seguintes categorias operacionais: a) as regras de hermenêutica; b) os elementos de interpretação; e, por último c) os princípios específicos de interpretação constitucional. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 266.

³⁸² BRASIL. **Constituição Federal**. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 dez. 2019.

³⁸³ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Ronald Dworkin e a sua contradição majoritária in** Consultor Jurídico (<https://www.conjur.com.br>), 23 de fevereiro de 2014, ISBN: 1809-2829.

um órgão especial, quando então decidem pela constitucionalidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, provavelmente estarão mais alinhados ao pensamento da maioria.

Ressalte-se ainda que, no modelo contemporâneo, a opinião da maioria é extremamente entusiasmada por parte da mídia, a exemplo da imprensa televisiva, que, por vezes, apresenta pesquisas de opinião pública a respeito da criação ou da aplicação de normas jurídicas, mas, “lamentavelmente, as pesquisas de opinião evitam cuidadosamente verificar a consistência das opiniões divulgadas por tais pesquisas³⁸⁴”. Mais uma vez, agora no que tange à garantia de idoneidade do exercício do controle difuso, exige-se do Poder Judiciário enorme responsabilidade em se manter afastado das meras opiniões públicas desprovidas de fundamentos jurídicos, buscando verdadeiramente se aproximar da realidade e da necessidade de ajustes do nosso sistema de normas e de decisões.

Outro relevante instrumento que se destaca no controle incidental de constitucionalidade é o recurso extraordinário – cujo mecanismo de repercussão geral o aproxima do controle concentrado-, então destinado ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, § 3º da CF de 1988. Tal dispositivo requer a demonstração por parte do recorrente de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no caso, para que o STF venha assim a admitir o recurso extraordinário. O procedimento desse recurso foi melhor especificado no Código de Processo Civil. Ressalte-se que o STF, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário a ele interposto no caso de a questão constitucional a ele conduzida não tiver repercussão geral. Tem-se aqui não um limitador da busca de seleção de uma norma aplicável à situação fática – diante da vastidão do nosso ordenamento jurídico³⁸⁵-, mas sim uma fronteira estabelecidora de mérito para a apreciação do recurso, qual seja, a sua própria repercussão no ordenamento.

A ideia por trás limitadora desse recurso excepcional é simples: o Supremo Tribunal Federal, quando julga um recurso dessa natureza, tem de atuar como órgão de cúpula do Poder Judiciário, manifestando-se somente em situações de destacada relevância nacional³⁸⁶. Dessa maneira, trazendo esse instrumento para aplicá-lo aos casos que abrangem parcelas ou vantagens concedidas a servidores públicos, os valores em discussão ou as situações fáticas em debate deverão possuir amplo alcance no que diz respeito ao parâmetro de controle junto à

³⁸⁴ SARTORI, Giovanni. **Homo videns: televisão e pós-pensamento**. Tradução de Antônio Angonese. Bauru, São Paulo: Edusc, 2001, p. 108.

³⁸⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 33.

³⁸⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 83.

Constituição Federal, e não apenas atender ao interesse público – esse muitas vezes reconhecido como um critério hermenêutico frequentemente utilizado, mas “variável, volátil, frágil³⁸⁷”, haja vista que a matéria questionada somente será conhecida pela Corte Constitucional quando for relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que superem os interesses subjetivos abrangidos pelo processo, ou, ainda, quando o recurso impugnar acórdão que afronte súmula ou jurisprudência dominante do STF, ou que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal – conforme indica o art. 97 da CF de 1988-, nos termos do art. 1.035, §§ 1º e 3º do CPC.

Destaque-se nesse momento que, em regra, as decisões definitivas tomadas no âmbito do controle difuso somente vinculam as partes, permanecendo a norma eficaz e ainda aplicável a outras situações. Todavia, decisão definitiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de lei, poderá gerar efeitos *erga omnes*, mediante a utilização do já mencionado art. 52, X, da CF, que fixa para o Senado Federal a possibilidade de suspendê-la no todo ou em parte. Como já dito aqui em outro ensejo, existem debates doutrinários e jurisprudenciais que discutem a natureza dessa suspensão a ser executada pelo Senado Federal³⁸⁸, contudo, essa discussão foge ao intuito do presente trabalho, restando nesse momento a se ater quanto a um último questionamento a ser aqui ajustado, que versa sobre a análise da possibilidade do exercício de controle de constitucionalidade difuso por parte dos tribunais de contas.

O Controle Externo foi bastante fortalecido na Constituição Federal de 1988, tendo essa Carta Magna colocado tal mecanismo a cargo do Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, nos termos do seu art. 70 a 75. Inúmeras atribuições foram dispostas na forma de poder-dever do controle externo, cabendo a este o relevante exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta. Esse fortalecimento é de fácil justificação: em um Estado

³⁸⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Domesticando o Leviatã: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional**. Brasília: edição do autor, 2013, p. 16.

³⁸⁸ Gilmar Mendes, orientando pela reinterpretação do art. 52, inciso da Constituição Federal, ensina no sentido de que a decisão proferida pelo STF, em controle incidental, também deve ter efeitos *erga omnes*. CANÇADO JÚNIOR, Hazenclever Lopes. **Modulação de Efeitos no Controle Incidental e o Controle de Políticas Públicas**. In: *Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e Experimentalismo Institucional*. MENDES, Gilmar Ferreira/Organizadores: Gilmar Ferreira Mendes e Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch. Brasília: IDP, 2012, p. 20.

republicano, os agentes públicos atuam por delegação do povo e, logo, devem prestar contas à sociedade, no que toca às suas deliberações³⁸⁹.

Ao desempenhar esse controle, as diversas cortes de contas espalhadas pelo País – cada estado tem o seu respectivo tribunal de contas –, avaliam as mais distintas normas que envolvem o controle de gastos no Brasil e, por vezes, vão se deparar com situações em que leis destoam dos preceitos estabelecidos pela norma ou por nossa Constituição Federal, requerendo uma atuação rápida e efetiva do controle externo. É evidente que não se pretende aqui discutir a possibilidade do exercício de controle de constitucionalidade *stricto sensu* por parte das cortes de contas, haja vista que tal controle é de titularidade do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à Constituição Federal, bem como de titularidade dos diversos tribunais de justiça do país, no que tange ao controle de constitucionalidade a ser exercido em face das constituições estaduais.

A principal indagação que surge é quanto à possibilidade ou não do exercício de controle de constitucionalidade incidental ou do caso concreto pelos tribunais de contas nacionais, haja vista que na nossa Constituição Federal de 1988 tal controle não foi literalmente atribuído às cortes de controle externo. Em seu livro, em que esmiúça e especifica as atribuições do controle externo e dos tribunais de contas, Luiz Henrique Lima apresenta o exercício do controle de constitucionalidade difuso ou incidental por parte das cortes de contas do Brasil, alertando que esse controle já foi desempenhado pelo Tribunal de Contas da União em diversas oportunidades³⁹⁰, e que tal controle teria como base a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal³⁹¹, a qual, para a uma melhor compreensão, transcreve-se a seguir, *litteris*: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”.

A CF/1988 indica em seu art. 70 que uma das características do exercício do controle externo é exatamente a observação do controle da atividade financeira sobre o aspecto da legalidade³⁹². É de se notar que a súmula citada no parágrafo anterior foi editada em 1963, em data bem anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. Evidente então que surgiriam

³⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, nº 15, janeiro/fevereiro/março de 2007, p. 14.

³⁹⁰ LIMA, Luiz Henrique. E-book. **Teoria e jurisprudência para os tribunais de contas**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 190-191.

³⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula n. 347**. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=347.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

³⁹² DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 200-201.

debates no que diz respeito à possibilidade de se aplicar ou não a mencionada recapitulação após a vigência da Carta Magna atual. Essas avaliações de matéria legal em face da CF/1988 por parte dos tribunais de contas são, de certa forma, recorrentes, a exemplo de quando essas Cortes de Contas examinam os percentuais mínimos aplicados pelos municípios ou estados à manutenção e desenvolvimento do ensino, fixados nas leis orgânicas – superiores ao mínimo constitucional –, em confronto com o percentual estabelecido na Carta Magna, a molde do estado do Rio de Janeiro que, em 1993, obteve liminar do Supremo Tribunal Federal, então suspendendo o percentual mínimo de 35%, estabelecido na Constituição Estadual de 1989, obrigando o respectivo TC a aceitar o mínimo de 25%³⁹³.

Nessa linha, em mandado de segurança coletivo, com pedido de liminar, de número MS 35410 MC/Distrito Federal-DF, então impetrado pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil, questionou-se o ato do Tribunal de Contas da União, o qual afastou do caso concreto submetido a sua apreciação o disposto nos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Lei nº 13.464/2017, dispositivos esses que versam sobre a nova remuneração de cargos da carreira de fiscalização tributária da União, essencialmente no que diz respeito à criação de gratificação criada pelo legislador, denominada de Bônus de Eficiência (BE).

O relator do MS 35410 MC/DF, o ministro Alexandre de Moraes, ao deferir a medida liminar, entendeu, em rápida síntese, ser inconcebível que o Tribunal de Contas da União, órgão que não teria qualquer função jurisdicional, pudesse a continuar a desempenhar o controle difuso de constitucionalidade nas ponderações de sua alçada, em razão da pretensa permissão constante da Súmula 347 do STF, haja vista que, segundo o relator, a subsistência dessa súmula teria ficado comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual teria atribuído a função do controle de constitucionalidade somente à função jurisdicional e, ao agir diferentemente disso, promoveria um atentado aos mecanismos de *check and balances*, considerando que não há permissão para que órgãos administrativos afastem leis devidamente emanadas pelo Poder Legislativo³⁹⁴. No dia 13/4/2021, por maioria dos votos, o Plenário do STF acompanhou esse entendimento do Relator, para então determinar que o TCU, na análise de aposentadorias e pensões submetidas a sua apreciação, não arrede a incidência de

³⁹³ DAVIES, Nicholas. **Tribunais de contas e educação: quem controla o fiscalizador dos recursos?** Brasília: Plano Editora, 2001, p. 11.

³⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança 23.262 Distrito Federal**. Relator: Alexandre de Moraes. Pesquisa de Jurisprudência, Brasília, 15 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MS+E+MORAES+E+DJE%2D018%29%2835410%2E%2E+OU+35410%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/r967zul>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

dispositivos da Lei 13.464/2017 (bônus de eficiência), sob pena de usurpação de competência da Corte de Contas Constitucional para realizar o controle de constitucionalidade.

Apesar do diligente voto conferido pelo relator do MS 35410 MC/DF, é de se considerar, com as devidas vênias, que a atribuição conferida ao Tribunal de Contas da União, então descrita Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, é a de apreciar, no caso concreto de sua competência, a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público em face da Constituição Federal, o que é distinto de declarar a inconstitucionalidade de uma norma. Não é muito recordar que uma decisão proferida pelos tribunais de contas é uma decisão administrativa, a qual, se estiver eivada de vício quanto ao procedimento ou quanto à competência, poderá ser objeto de análise do Poder Judiciário³⁹⁵.

Embora identifique-se que – para parte da doutrina³⁹⁶-, é possível o exercício do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, e, para outros, tal possibilidade é completamente abjurada³⁹⁷, a última palavra sobre o controle de constitucionalidade, sem margem para dúvidas - como bem posto na CF/1988-, sempre será de atribuição jurisdicional e não administrativa. Todavia, não parece coeso com o sistema jurídico que se possa impedir que os tribunais de contas, verdadeiros guardiões do erário, deixem de afastar, em nome do interesse público envolvido, uma lei flagrantemente inconstitucional quando em apreciação de matéria que lhe foi submetida, causadora de vultosos danos ao patrimônio do Estado, considerando ainda que, caso a parte submetida ao controle externo da corte de contas se sinta prejudicada, poderá então se socorrer dos órgãos jurisdicionais judiciais competentes para decidir, em última palavra, sobre a declaração *stricto sensu* de inconstitucionalidade de uma norma, evento que, indubitavelmente, os tribunais de contas não poderão fazer.

Ressalte-se, por último, que, até esse momento, o MS 35410 MC/DF ainda não transitou em julgado, e, além disso, não há no momento decisão da Corte Constitucional geradora de efeitos *erga omnes* sobre a possibilidade ou não do exercício de controle de constitucionalidade difuso por parte dos tribunais de contas, o que, provavelmente, suscitará diversos debates na

³⁹⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Tribunais de contas – aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 48-49.

³⁹⁶ Lucas Catib de Laurentiis menciona em seu artigo que, para Lúcio Bittencourt, o exercício do controle de constitucionalidade estaria vedado somente para os funcionários da administração pública. LAURENTIIS, Lucas Catib de. **Entre Lei e Constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 260, p. 136.

³⁹⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público**. São Paulo: LTR, 1985, p. 66-67.

doutrina e na jurisprudência em médio prazo, até que surja uma decisão vinculativa, que defina de vez o tema por completo.

A apreciação da legalidade do ato de aposentadoria, reforma e pensão para fins de registro, missão constitucional a ser exercida pelo controle externo constante do art. 71, inciso III, da Constituição Federal, pode restar prejudicada e causar danos irreversíveis ao erário, caso as cortes de contas do País deixem de examinar a legalidade de uma norma sob à luz da Constituição Federal, haja vista que parcelas irregulares poderão ser pagas durante anos, até que o Poder Judiciário venha a se manifestar sobre a constitucionalidade da norma muito tempo após a concessão daquela parcela inconstitucional, o que, de fato, por vezes aconteceu.

Apresentados assim esses importantes instrumentos de controle da decisão administrativa, com a intenção de evitar ou de minimizar a ocorrência de atos administrativos que concedam vantagens pecuniárias irregulares aos servidores, bem como tendo inserido já nos momentos finais desse capítulo a discussão sobre o alcance do controle de constitucionalidade a ser eventualmente exercido pelo controle externo desempenhado pelos tribunais de contas nacionais, passa-se agora – já de posse do referencial teórico essencial para o deslinde da pesquisa -, a enfrentar o controle externo da decisão administrativa, no que diz respeito à correlação com o ato administrativo anterior produzido pelo gestor público, quando do exame de aposentadoria, reforma e pensão, no intuito de desvendar se esses dois momentos provocam tratamento distinto nos respectivos atos decisórios.

CAPÍTULO IV:

DECISÃO ADMINISTRATIVA IRREGULAR SOB À LUZ DO CONTROLE EXTERNO: REFLEXOS DA NATUREZA DO ATO EMITIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

De modo sistemático, foram apresentados nos capítulos anteriores os pontos basilares que abraçam o problema de pesquisa, considerando que, ao buscar estabelecer relação existente entre o ato de aposentadoria, reforma e pensão - originariamente emitido pelo órgão ou entidade-, e o ato de registro, então efetuado pelos tribunais de contas, não se poderia deixar de apresentar os questionamentos jurídicos principiológicos, os quais, sem dúvida, serão enfrentados pelos gestores administrativos ou pelo órgão de controle externo ao se firmarem diante dos mais distintos pedidos e recursos administrativos.

Após o amadurecimento desse debate, tendo já se passado por princípios essenciais que envolvem a decisão administrativa – principalmente no que tange ao pagamento de vantagens e parcelas aos servidores-, a pesquisa irá então tratar nesse capítulo final especificamente sobre o ato administrativo de aposentadoria, reforma e pensão e o respectivo ato de registro que o aprecia, momento de revelar quais poderiam ser as implicações jurídicas originadas dos respectivos momentos em que esses dois atos são praticados.

De início, é preciso alertar que a presente abordagem não é comum na doutrina, a qual, em regra, analisa o ato de aposentadoria, reforma e pensão como um ato único, complexo ou composto, a depender do autor. Primeiramente, faz-se necessário para o deslinde da pesquisa avaliar a denominada *coisa julgada administrativa* – se é que é possível assim chamá-la -, considerando ser ela um elemento fulcral para que seja fixado, já ao final do trabalho, qualquer reflexo do ato de registro emitido pelos tribunais de contas junto às decisões administrativas irregulares ou ilícitas contidas no ato originário de aposentadoria reforma e pensão.

4.1 A coisa julgada administrativa e o limite de estabilização da decisão administrativa irregular

Dito em passagens anteriores, destaca-se novamente que elementos dos diversos campos epistemológicos da Ciência Jurídica se interagem, cada qual buscando um modo melhor de ser utilizado em uma divisão específica do Direito, em consonância com os princípios peculiares que determinada disciplina possui, bem como recebendo ainda influência de outros sistemas de

campos diversos da ciência, a exemplo do Sistema Econômico, o qual, indubitavelmente, interage firmemente com a maioria das áreas de estudos.

Inúmeros exemplos desse intercâmbio são rememorados contemporaneamente, sejam nas relações privadas, sejam nas pesquisas doutrinárias e, ainda, nas decisões adotadas no campo do Poder Judiciário. Paradigma dessa interação interna é a utilização da denominação de *coisa julgada* no âmbito do Direito Administrativo, ou, melhor ainda, em um procedimento ou processo administrativo, haja vista que, nesses últimos, sabe-se que o ato decisório neles tomado não faz coisa julgada de modo estrito.

Ainda que existam limitações, a coisa julgada administrativa será aqui apresentada no sentido especial de avaliar a estabilização da decisão administrativa irregular, atingida mediante a passagem do tempo – já vista aqui anteriormente e com um outro enfoque –, em conjunto com as consequências imprimidas nos direitos dos servidores e agentes públicos envolvidos, observando, ao final dessa seção, a interação entre a segurança jurídica – então alcançada com a coisa julgada administrativa –, e a concreção de direitos fundamentais, sob à luz de interesses públicos envolvidos.

4.1.1 A coisa julgada administrativa provoca impactos em face dos direitos dos servidores públicos interessados?

Dentre os temas levantados na pesquisa, um dos mais recorrentes foi o da segurança jurídica. Tanto no campo do direito material, mediante explanação sobre prescrição e decadência, quanto no âmbito do direito processual, por meio da preclusão administrativa, a segurança jurídica se fez presente, isso porque, nas discussões que envolvem o Direito, a necessidade de certeza se faz imperativa, a qual traz consigo a discussão sobre coisa julgada³⁹⁸. É de se notar que os problemas e os litígios surgem no seio da sociedade, que buscam no Direito – dentre outras opções –, uma forma segura de solucioná-los. Devido a isso, o Direito necessita ter uma certa previsibilidade, mesmo que o caso concreto traga peculiaridades merecedoras de serem enfrentadas de um modo distinto quando comparado a outro paradigma: deve ser entregue aos agentes envolvidos um mínimo de certeza e, conseqüentemente, constância no âmbito da vida social³⁹⁹.

³⁹⁸ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 231-232.

³⁹⁹ CAPEZ, Fernando, CAPEZ, Flavio. **Insegurança jurídica: o mal do século XXI**. GERMANOS, Paulo André Jorge (coordenador), *In: Segurança Jurídica: coletânea de textos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 43.

Não se pode olvidar dessa forma que a coisa julgada possui papel de destaque nesse contexto. E a enalçada segurança no sistema de decisões busca não só atender ao interesse particular, quando este realiza os seus negócios jurídicos perante terceiros e partes interessadas, mas também quando estamos diante de casos concretos a envolver o interesse da Administração Pública. A ação popular é exemplo de defesa do citado interesse público, a qual, em regra, faz coisa julgada oponível “erga omnes”, podendo a entidade pública atuar até mesmo ao lado do autor⁴⁰⁰.

A coisa julgada é de tão grande relevância que foi positivada em nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVI⁴⁰¹, alçada então como um direito fundamental de nossa sociedade. É de se observar ainda que esse mesmo dispositivo também protege o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, dois institutos que facilmente são relacionados à segurança jurídica. Ainda, juntamente com a Constituição Federal, a Lei de Introdução ao Código Civil segue no mesmo caminho, então alinhada com a Carta Magna, acampando a tendência hodierna de vedar, como regra, a irretroatividade das leis, em adoção à teoria de Gabba – relacionada ao direito adquirido-, em “completo respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada⁴⁰²”. Percebe-se assim, de modo intransponível, que as decisões administrativas e judiciais devem estar em consonância com a segurança jurídica, com a irretroatividade das leis e, não menos, com a coisa julgada.

Mas o que seria então a coisa julgada? O que tornaria essa decisão com aspecto de permanência e intocável no mundo jurídico? Não é necessário aqui se debruçar sobre as discussões complexas do Direito Processual Civil que envolvem esse instituto, haja vista que a maior intenção, para fins dessa pesquisa, é somente entender o que é a coisa julgada – e aqui, novamente, precisará se buscar em outros ramos do Direito, com um olhar voltado para a “principiologia constitucional⁴⁰³”, para então correlacioná-la com o Direito Administrativo processual, e, posteriormente, extrair conclusões de como ela impacta a relação processual entre as partes e, conseqüentemente, verificar o que é a denominada *coisa julgada administrativa*.

⁴⁰⁰ SILVA, Almiro do Couto e. **Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos**. São Paulo: RDA, n. 204, 1996, p. 27.

⁴⁰¹ BRASIL. **Constituição Federal**. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2020.

⁴⁰² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60-61.

⁴⁰³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2014. p. 37.

A primeira informação relevante para a presente análise é que a decisão, para se tornar coisa julgada, deverá percorrer um caminho ou, ainda, mesmo que a parte se mantenha inerte após a decisão final, essa decisão inevitavelmente será submetida ao transcurso do tempo, para somente então alcançar a sua imutabilidade. Não foi sem motivo pelo qual esse trabalho iniciou-se pelos institutos de direito material que podem estabilizar determinado ato, haja vista que o direito do particular ou do administrado já poderia estar fulminado pelo prazo decadencial ou, também, não existir mais o direito de ação jurisdicional para o interessado, considerada a incidência no caso concreto da prescrição.

No entanto, mesmo sendo de fácil percepção que a coisa julgada vai acontecer ainda que se tenha reconhecida a prescrição, a decadência ou a preclusão, é interessante abordá-la nesse momento, tendo em vista que ela também ocorre quando o processo já tenha percorrido o seu desenvolvimento com ampla discussão de mérito, haja vista que nenhum processo ou procedimento poderá durar para sempre ou estender-se por um prazo em que o bem da vida seja entregue quando não mais as partes poderão dele usufruir de forma plena, pois, do contrário, a mencionada decisão entraria em confronto com o princípio constitucional da duração razoável do processo, verdadeiro direito fundamental explicitado no art. 5º, inciso LXXVIII⁴⁰⁴.

Assim, o legislador, seja constitucional ou infraconstitucional, terá de fazer uma ponderação entre o Princípio da Segurança Jurídica – no sentido de ser a segurança no Direito, no conhecimento daquilo que se pode prever como comportamento⁴⁰⁵ -, e da busca pela verdade, sendo que, no caso do nosso sistema jurídico nacional, positivou-se escolha como norma constitucional a coisa julgada, em flagrante prevalência desse instituto em face de um possível erro na interpretação do direito material e do direito processual, mesmo quando de uma eventual alteração de interpretação do aplicador do Direito, a qual, em regra, não poderá retroagir.

Nesses termos, a coisa julgada é mais um elemento que completa o sistema jurídico, no intuito de dar a ele maior coesão e previsibilidade. Até as leis interpretadoras e aquelas de ordem pública⁴⁰⁶, mesmo que ainda sejam aplicadas retroativamente, terão de respeitar a ressalva constitucional, no sentido de observância aos direitos adquiridos, aos negócios jurídicos

⁴⁰⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2020.

⁴⁰⁵ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança Jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 57.

⁴⁰⁶ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, parte geral – vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 153.

perfeitos e – o nosso objeto de estudo nesse momento –, à coisa julgada. A coisa julgada está assim, sem dúvida, intrinsicamente relacionada às questões processuais, considerando que é no processo que ela surge, com o poder de nele colocar fim à matéria e, conseqüentemente, tem o potencial de então tornar o juiz apto a se dedicar a uma outra questão judicial, cujo litígio foi a ele levado para decidir. Nesse aspecto, pode-se concluir que a coisa julgada é um elemento processual de eficiência do sistema jurídico. Isso, porque, a cada caso que surge para o sistema adjudicatório solucionar, reduz-se a sua utilidade para os outros usuários⁴⁰⁷, tendo em vista que, dedicando-se a cada último processo que ingressa no sistema judiciário, o juiz passará a ter um menor tempo para decidir sobre qualquer outro processo distinto.

No entanto, retomando o que já foi dito, ela não é um elemento de busca da verdade material, ou, pelo menos, a coisa julgada não tem essa intenção. Em alguns casos, a coisa julgada pode ainda nem mesmo servir de paradigma para outras situações semelhantes, sendo que, devido a um eventual erro material ou equívoco processual ocorrido no transcurso do processo, a regra jurídica que vinculou as partes não poderá ser utilizada em outros casos que possuam alguma semelhança. É, essencialmente, um instrumento estabilizador do sistema jurídico, assim escolhido e positivado por nossos legisladores.

O principal ponto a ser levantado sobre o alcance da coisa julgada reside no sentido de destacar seus efeitos sobre o litígio. A sentença que tenha sido proferida por um juízo, juízo este com a devida competência, necessita se estabilizar, pois, do contrário, não haverá a eliminação da desavença entre as partes e, conseqüentemente, irá ocorrer a frustração da respectiva função jurisdicional⁴⁰⁸. Em um dado momento da situação processual, é necessário que seja entregue às partes o bem da vida que está sendo colocado em discussão.

A demora na entrega do objeto em disputa àquele a quem assiste o Direito resulta na conseqüente intempestividade para fins do “ótimo administrar⁴⁰⁹”, fazendo com que o Estado deixe de oferecer a melhor solução ao caso concreto. Conseqüentemente, a decisão intempestiva deixa de ser eficiente e, de modo igual, também não atingirá o princípio da proporcionalidade, considerando que o longo passar do tempo provavelmente diminuirá o seu valor, em termos de expectativa e, portanto, será desproporcional ao esperado no início do processo.

⁴⁰⁷ GICO JR., Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 223.

⁴⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA. p. 124.

⁴⁰⁹ DEZAN, Sandro Lúcio, CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Processo administrativo: Lei 9.784/99**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 126.

Não há, assim, qualquer dúvida da relevância da coisa julgada em nosso sistema, principalmente em uma ação judicial. No entanto, promovendo nesse momento a transição da análise para o processo administrativo, resta a dúvida se é possível existir a coisa julgada administrativa, e, identificando o que tal denominação significa no campo epistemológico do Direito Administrativo e qual seria ainda o seu alcance em face de uma decisão administrativa irregular produzida no transcurso de um processo ou procedimento administrativo.

De início, é preciso lembrar que a decisão administrativa final, ainda que capaz de despertar a confiança legítima do administrado, principalmente em face da presunção de legitimidade do ato administrativo - responsável por atribuir veracidade a este, até a produção de prova em sentido contrário⁴¹⁰-, é dotada de certa relatividade, considerando que ela poderá ser revista pelo Poder Judiciário, conforme o princípio da inafastabilidade da jurisdição, posto na CF/1988 em seu art. 5º, inciso XXXV, no sentido de que nem mesmo a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito⁴¹¹.

Nota-se, assim, que ao termo “coisa julgada administrativa” tomado em sentido amplo, suscita relevantes questionamentos ao defender a adoção de tal denominação, haja vista que, ao assim proceder, pode-se induzir que a decisão administrativa tenha o condão de produzir algo em definitivo, o que é de dificultosa defesa, ao se considerar o sistema jurídico nacional como um todo, em que uma decisão adotada em ação judicial poderá ter o poder de modificar esse ato administrativo.

Ademais, é de se notar que a noção de coisa julgada administrativa é prejudicada pela característica do ato decisório dentro do próprio Direito Administrativo, considerando que o ato administrativo tem amplas possibilidades de autorrevisão ou até mesmo de sua anulação por parte da Administração Pública⁴¹². Mas não se pode olvidar que o termo é amplamente utilizado na doutrina dentro do Direito Administrativo e, por agora, cabe nos ater ao seu significado perante o campo processual desta disciplina.

Nessa linha, é necessário dizer que a atividade administrativa surge da necessidade de o Estado, essencialmente, oferecer serviços públicos aos seus cidadãos ou, ainda solucionar

⁴¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 427.

⁴¹¹ BRASIL. **Constituição Federal**. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2020.

⁴¹² FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 70.

litígios entre administrados e o Estado ou entre os próprios particulares. Para atender e entregar a melhor solução aos seus geridos, vários tipos de procedimentos são executados pela Administração Pública. Como exemplos desses procedimentos, podem ser citados aqueles necessários para realizar uma licitação – esta com a finalidade de que vários particulares disputem de modo justo e igualitário –, para a contratação de terceiros, para o fornecimento de bens, para a admissão de servidores, para a realização de obras, para aplicar sanções, entre outros⁴¹³.

Aos processos e aos procedimentos se impõe uma racionalidade. Nesse momento da pesquisa, principalmente por já se ter perpassado pelo instituto da preclusão administrativa, é de fácil observação que aos processos e procedimentos se colocam regras, para que eles não venham a durar para sempre e, conseqüentemente, estejam aptos a entregar o bem da vida no momento em que ele ainda se faz necessário e útil. Para isso, ao processo é necessário atribuir regras de racionalidade.

A mencionada racionalidade funciona para o particular como um instrumento que lhe permite programar os seus passos e o seu futuro, sendo uma verdadeira “âncora a um porto seguro que lhe dá sentido à sua vida⁴¹⁴”. Imperioso se faz então procurar o significado da expressão “coisa julgada administrativa”. Tem-se aqui preferência por um juízo sintético para assim conceituar o termo, normalmente adotado pelos *neopositivistas*, expressão esta consistente com um pensar voltado para a experiência⁴¹⁵, atribuído ao sujeito ou objeto a ser investigado pela via empírica, considerando que o termo coisa julgada administrativa surge na condução de um processo administrativo, o qual, de modo semelhante àquela coisa julgada que ocorre um dado momento no processo conduzido no âmbito judicial, deverá ser encerrado em algum instante no tempo.

O Direito Administrativo é “informado por princípios próprios e tem objeto específico, que é a disciplina da Administração Pública⁴¹⁶”. Princípios pujantes do Direito Público permeiam o Direito Administrativo, de modo que a análise de qualquer instituto deve ser

⁴¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4º ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003, p. 101

⁴¹⁴ CUNHA, Ricardos Almagro Vitoriano. **Segurança Jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 59.

⁴¹⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 19.

⁴¹⁶ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo moderno**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 39.

perpassada sob à luz desses princípios⁴¹⁷. O próprio Princípio da Legalidade é um direcionador da atividade do administrador, levantando debates acalorados na doutrina diante das características de um direito pós-positivista. Nesse aspecto, a evolução do Princípio da Legalidade estrita, para um Princípio da Juridicidade, deve ter o poder de conduzir questionamentos sobre a possibilidade ou não de afastar a coisa julgada administrativa.

A coisa julgada administrativa é então consubstanciada quando o ato decisório final no procedimento ou processo administrativo – cujo substantivo processo consubstancia em uma marcha para frente, em progresso e desenvolvimento⁴¹⁸ –, não mais pode ser reformado ou extirpado no interior da própria Administração Pública. O Direito Administrativo tem os seus próprios caminhos para a definição da situação jurídica que a ele é apresentada, embora não esteja isolado de outros ramos do ensinamento jurídico.

É assim possível utilizar essa denominação para então – pelo menos –, entender o que é o seu objeto. Melhor conceituando, compreende a coisa julgada administrativa como a impossibilidade de rever, mesmo que de ofício ou por provocação, o ato ou a decisão dentro do processo administrativo, após o decorrer de seu percurso no respectivo ordenamento jurídico⁴¹⁹. Nesse momento, relevante trazer juízo abrangido pela Filosofia do Direito sobre a existência em conjunto da coisa julgada administrativa e da coisa julgada no âmbito do processo judicial. As duas podem coexistir, sem que uma seja contraposta a outra, conforme lição de Heidegger, bem apreendida e exemplificada em ensino de Ricarlos Almagro⁴²⁰. Isso, porque, mesmo tendo a decisão alcançado o *status* de imutável dentro do processo administrativo, o mencionado ato decisório poderá ser questionado em processo judicial, o qual, ao seu final, também atingirá a decisão judicial imutável e, portanto, a coisa julgada *stricto sensu*.

Desse modo, em um primeiro instante, poder-se-ia imaginar que a coisa julgada administrativa é independente daquela que é produzida no âmbito do Poder Judiciário e, consequentemente, o direito do administrado poderia ser preservado mediante a propositura de uma ação judicial. Em boa parte das situações, isso realmente concretiza uma verdade. No

⁴¹⁷ Nessa esteira, é possível se pensar em um corte epistemológico para entender o que o seria a coisa julgada administrativa no Direito Administrativo nacional, considerando as características próprias desse ramo, que também possui regras processuais próprias, destinadas a atender o fim da Administração Pública.

⁴¹⁸ COSTA, Nelson Nery. **Processo administrativo e suas espécies**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 257.

⁴¹⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 71.

⁴²⁰ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e Argumentação no Direito**. Curitiba: Editora CRV, 2014, p. 175.

entanto, em outros momentos, essa conclusão pode não retratar a realidade, conforme será visto no item a seguir.

4.1.2 A coisa julgada administrativa e o seu tratamento junto ao poder judiciário: concreção de direitos fundamentais em face de interesses públicos secundários

É preciso de início dizer que, mesmo tendo a coisa julgada administrativa a possibilidade de vir a ser revisitada por órgão colegiado ou não do Poder Judiciário, para os casos em que este seja provocado, esse ato decisório final produzido no interior da Administração Pública poderá provocar efeitos até mesmo irreversíveis no que diz respeito ao direito do administrado. Não sem razão, o presente trabalho trouxe anteriormente aspectos dos institutos que têm o poder de estabilizar a decisão, como a prescrição, a decadência e a preclusão administrativa.

Para os fins dessa pesquisa, o principal efeito a ser aqui destacado nesse momento é aquele que decorre da longa demora do administrado em recorrer no âmbito da própria Administração Pública, conforme consta da Súmula 85 do STJ, a qual traz interessante entendimento denominado e conhecido como a “prescrição do fundo do direito”. Esse verbete dispõe de maneira concisa efeito incidente ao direito do administrado, prescrevendo que “nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a fazenda pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação⁴²¹”.

Ao interpretar a súmula acima mencionada, em um juízo sumário e a *contrario sensu*, é de se notar que quando do pedido do administrado dirigido ao gestor público, envolvendo prestações de trato sucessivo – abrangendo estas aquelas que se originam do pagamento de vencimentos -, caso haja o indeferimento da solicitação com fulcro na negativa do direito, ocorrerá a denominada prescrição do fundo do direito, caso o interessado tenha ficado inerte pelo prazo prescrito em lei.

O caso acima narrado pode conduzir a um entendimento que aqui se julga equivocado, no sentido de que diante de uma situação fática, em que tenha ocorrido a coisa julgada administrativa, o caso concreto não mais poderá ser resolvido nem mesmo por nenhuma norma

⁴²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 85**. Brasília, 18/6/1993. < <https://scon.stj.jus.br/>>. Acesso em 10/11/2020.

– ainda que essa seja veiculada por alteração da Constituição Federal, mediante emenda⁴²²-, ou no âmbito do Poder Judiciário, cujo processo judicial, após os devidos trâmites, também chegará ao fim, produzindo a coisa julgada *stricto sensu*.

É de produção mais rápida e simplificada para o gestor negar um novo e futuro pedido do interessado, argumentando que, tendo sido recusado em momento anterior o próprio direito, e, com o transcurso de um prazo legal decadencial, esse direito não mais pode ser requerido perante a Administração. Essa leitura pode até mesmo ser dotada de alguma racionalidade e intersubjetividade a ser repetida no seio da gestão pública, no entanto, criva-se pelo juízo de que tal conduta não é dotada de intersubjetividade científica⁴²³, por não ter acompanhado um método científico a distinguir os institutos da prescrição e da decadência, como outrora já discutidos nessa pesquisa.

Nesse caminho, é preciso entender que, por um prisma distinto, o juízo do STJ possui ainda uma relação limitadora de uma pretensão do servidor público, quando este tem negado um próprio direito seu em face de uma petição dirigida à Administração Pública. Aproveita-se então aqui para levantar interessante questionamento quanto ao alcance e entendimento dessa mencionada Súmula 85 do STJ: poderia este juízo do Superior Tribunal de Justiça alcançar o direito em todas as decisões administrativas que envolvem relações jurídicas de trato sucessivo, quando esse próprio direito tiver sido denegado pela Administração Pública?

De início, vale-se aqui para rememorar o conceito de decadência nos limites desta pesquisa, mas, dessa vez, em um nível de menor detalhamento, visando agora somente concluir o raciocínio acima aventado. Tomando como referência o art. 6º do Decreto 20.910/1932 – embora o mencionado dispositivo carregue impropriedade técnica ao chamar indevidamente o instituto da decadência de prescrição⁴²⁴ -, a decadência, para o Direito Administrativo ou, ainda melhor, para o Direito Processual Administrativo, consiste na perda do direito à reclamação administrativa, da perspectiva do administrado. Quanto à prescrição, entende-se que este instituto atinge a ação jurisdicional da qual dispõe o cidadão, e não propriamente ao respectivo direito, esse, como aqui dissemos, atingido pela decadência⁴²⁵.

⁴²² VALIM, Rafael. **O princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110.

⁴²³ HABA, Enrique P. **Racionalidad y método para el derecho: es so posible**. Vol. 1. DOXA, 1990, p. 188.

⁴²⁴ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 266-267.

⁴²⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 266-267.

Devido a exposição sucinta desses conceitos, entende-se que não caberia ao gestor sempre negar um pedido do interessado com fulcro na Súmula 85 do STJ, caso pedido de igual teor tenha sido apresentado pelo próprio administrado à Administração em um momento anterior, mesmo que esse pedido tenha sido negado e, subsequentemente, venha a alcançar a coisa julgada dentro de um eventual processo administrativo. Defende-se isso pelo fato de que existem direitos dos administrados que são direitos potestativos, que não dependem de outros para serem exercidos, e, mesmo que tenham sido negados pela Administração Pública em um dado momento, podem ser novamente requeridos junto ao erário, principalmente no que diz respeito àqueles que geram prestações de trato sucessivo, cujo efeitos patrimoniais se renovam no tempo. Desse modo, a fundamentação jurídica do ato decisório não pode ser analisada apenas da perspectiva dos direitos que compõem o interesse público administrativo, mas também daqueles interesses particulares protegidos pelas normas, deixando de modo mais claro os valores jurídicos cognoscíveis que levaram a Administração Pública a decidir por um caminho⁴²⁶.

Expor por um exemplo por vezes ajuda a compreender melhor o mecanismo que está sendo analisado. Caso um servidor solicite a averbação de um tempo de trabalho para fins de adicional de tempo de serviço – que no serviço público federal não mais existe –, caso tal pedido tenha sido negado pela Administração Pública por ausência de documento hábil no momento do requerimento, e esse mesmo servidor venha a solicitar igual pedido anos depois, agora portando a documentação necessária para o deferimento de forma integral, esse pedido não poderá ser negado pelo erário, haja vista que esse direito é um direito adquirido pelo servidor com a simples passagem do tempo, mesmo que lei nova venha a extinguir a vantagem, nos termos do que se depreende do art. 6º da LINDB⁴²⁷.

O que se defende aqui, ou melhor, aquilo que se pretende esclarecer é que há direitos que evidentemente se incorporam ao patrimônio do servidor público, como aqueles decorrentes do simples passar do tempo, mesmo que tais direitos não originem vantagens pecuniárias diretas, como aquela que dá ao servidor o direito ao exercício de licença-capacitação. Nota-se então do exame da Súmula 85 do STJ que a análise a *contrario sensu* desse verbete - identificada

⁴²⁶ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A fundamentação do acto e o procedimento administrativo**. Centralidade ou periferia da fundamentação, *In*: Revista do Ministério Público. Ano 20. Janeiro-Março. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1999, p. 14.

⁴²⁷ BRASIL. LEI Nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.

naquela situação em que envolve prestações de trato sucessivo e há recusa a conceder o próprio direito ao administrado por parte da Administração Pública -, aponta para a ocorrência da extinção do próprio direito, ou seja, versa sobre decadência e não prescrição, sendo que, conforme demonstrado acima, essa súmula não pode alcançar indistintamente todo e qualquer direito do administrado.

Nessa linha, esse ato administrativo decisório responsável por produzir ao final do processo ou do procedimento a denominada coisa julgada administrativa, ato este com presunção de legitimidade e de que foi expedido na conformidade do Direito⁴²⁸, poderá, em algumas situações, ser revisto pelo próprio gestor do erário. A negativa do direito ao administrado, com fulcro apenas no singelo transcurso do tempo, não pode ser sempre incentivada a qualquer custo no interior da Administração Pública com o fito de sempre extinguir o próprio direito, considerando que tal comportamento pode levar, em segundo momento, a uma grande judicialização de casos oriundos de processos administrativos, fazendo com que o Poder Judiciário venha a se tornar menos eficiente, considerando que, como já dito em outra ocasião, cada processo judicial que ingressa nos tribunais diminui a sua respectiva utilidade, seja por entregar um serviço de menor qualidade, ou deixando de decidir de maneira tempestiva, ocorrendo assim a denominada “Tragédia do Judiciário”⁴²⁹.

Último aspecto sobre a coisa julgada administrativa a ser aqui trabalhada é quanto ao tipo de interesse público que ela abrange, no que toca ao pagamento de verbas remuneratórias aos servidores públicos. A doutrina traz basicamente a classificação do interesse público em dois tipos, quais sejam, o interesse público primário e o interesse público secundário, distinção feita inicialmente por autores italianos, sendo que o primeiro são aqueles interesses públicos propriamente ditos, pertencentes à coletividade como um todo e, os últimos, são os interesses meramente das pessoas estatais, dirigidos ao aparelhamento estatal. Estes últimos – os interesses secundários-, somente poderiam ser perseguidos validamente pelo Estado quando em coincidência com o interesse primário⁴³⁰.

Relevante parte da doutrina, como já dito em outra oportunidade, exerce crítica ao denominado Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular, principalmente

⁴²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo Malheiros, 2009, p. 173.

⁴²⁹ GICO JR., Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 227.

⁴³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 100.

porque ambos interesses – quais sejam, o particular e o público -, estariam vinculados *in abstracto*, e somente no caso concreto poderiam eles assumir alguma relação condicionada de prioridade⁴³¹. É de dificultosa elaboração defender um Direito Administrativo ou Direito Processual Administrativo sem algum grau de proteção ao interesse público, mesmo que tal interesse, embora esteja consubstanciado em uma expressão que venha a admitir vários matizes, nos mais distintos contextos, não se caracteriza como uma expressão mágica, mas sim voltada para o interesse geral da coletividade⁴³². Isso acontece em face de ter o Estado, como uma de suas funções, o poder de conferir ao indivíduo o direito de ele exigir uma atividade estatal para o próprio proveito deste⁴³³, como cidadão. Para de tal modo proceder, cabe ao Estado observar o princípio da isonomia quando da entrega desses respectivos serviços, princípio este insculpido em nossa CF/1988 em seu art. 37, sob pena, ao não agir assim, de gerar insegurança jurídica e caos social.

Embora realmente exista um interesse público na presente relação entre o administrado agente público e o erário que o remunera, é possível facilmente perceber que a função maior que se extrai da prestação de serviços mencionada é o fato de ela estar voltada para o aparelhamento do Estado⁴³⁴. Todavia, mesmo que não se identifique um interesse público essencialmente primário nessa relação de trato sucessivo, evidenciada pelo pagamento de vencimentos por parte do Estado aos seus agentes, é de se notar que os valores envolvidos promovem a oportunidade do exercício de direitos fundamentais, haja vista que, com eles, os servidores terão o ensejo de perseguir os direitos sociais postos no art. 6º da CF/1988⁴³⁵, a exemplo daquele referente à alimentação, assumindo assim essas verbas um caráter de natureza alimentar.

É nessa linha que a coisa julgada administrativa pode ser contraposta, em face de uma situação em que reste flagrante prejuízo a algum direito do administrado ou do servidor público

⁴³¹ ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio do Interesse Público sobre o Particular”**. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 189.

⁴³² FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 120

⁴³³ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 113.

⁴³⁴ No que diz respeito às parcelas remuneratórias pagas pelo erário aos servidores e aos agentes públicos, é de se notar que o interesse público que nelas reside está mais próximo de um interesse público secundário, principalmente quando se correlaciona o conceito deste – já exposto mais acima -, com a finalidade percorrida pela Administração ao bem remunerar os seus agentes: os servidores públicos prestam o serviço sob a batuta da própria Administração, recebendo vencimentos ou subsídio para tanto.

⁴³⁵ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

que lhe foi retirado, vedando-lhe o acesso ao exercício de algum direito fundamental, a exemplo de um erro operacional da Administração que veio a prejudicá-lo financeiramente – e não apenas beneficiá-lo; nessas situações, principalmente em face do dever de a Administração buscar concretizar os direitos fundamentais expostos em nossa Constituição Federal de 1988, pode-se observar, como querem alguns, a razão pela defesa de uma atuação decisória pós-positivista, haja vista que, como salientado por muitas vezes nesse trabalho, a solução para os conflitos não se encontra de modo integral nas normas, razão pela qual hoje se faz bastante evidente a busca do Direito com fulcro em uma premissa de filosofia moral⁴³⁶, mesmo que aqui não esteja a defender ou mesmo a negar a correção sistêmica do seu uso em casos específicos, por considerar que tal colocação extrapolaria os limites técnico-jurídicos dessa pesquisa; no entanto, é impossível recusar a larga utilização de decisões com esse viés pós-positivista.

É também evidente que a coisa julgada administrativa ainda tem outras funcionalidades dentro do campo epistemológico do Direito Administrativo, como a de promover efetividade ao processo, a exemplo daquela ocorrida no campo judicial, com as tutelas declaratória, constitutiva e condenatória⁴³⁷. Isso, porque, ao se produzir a coisa julgada administrativa, esta poderá servir como modelo disponível para qualquer outro administrado ou agente público que desejar pleitear os seus direitos junto à Administração Pública. Ao dar transparência dessa decisão aos administrados, mediante a respectiva publicação do paradigma, o erário entrega, a quem deseja obtê-lo, o seu raciocínio jurídico, diminuindo o hiato de expectativas entre as partes⁴³⁸ e, conseqüentemente, traz maior segurança jurídica para aquele que litiga.

Pode-se então ver que a denominada *coisa julgada administrativa* tem a sua função específica no campo do Direito Administrativo, servindo ora como parâmetro de julgamento tanto para a Administração quanto que para o administrado, sendo que, para este, o seu emprego deve observar o respeito aos direitos fundamentais do então servidor público, principalmente quando se está em jogo parcelas remuneratórias oriundas da prestação de atividades desses agentes, as quais, como dito acima, têm caráter alimentar. Ao assim atuar, rompe-se com o rígido afastamento entre Direito e Moral, já preconizado no sistema jurídico de Dworkin,

⁴³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p. 297.

⁴³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA. p. 42-43.

⁴³⁸ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 161.

aproximando os agentes decisórios de decidir como membros governados por um conjunto de princípios⁴³⁹.

No entanto, não se pode olvidar que é de aberta dificuldade fixar o juízo no sentido de que essas parcelas remuneratórias realmente atingiram uma estabilidade, o que reside no ponto fulcral desse trabalho: fixar o momento em que as decisões administrativas não podem ser mais alteradas – em razão da decadência, da prescrição ou da preclusão administrativa –, considerando a natureza dos atos emitidos pelos tribunais de contas, quando estes apreciam para fins de registro a legalidade dos atos de aposentadoria, reforma e pensão. Nesse sentido, as próximas seções serão reveladoras, no que diz respeito a essas reflexões.

4.2 O reflexo do ato emitido pelos tribunais de contas nas decisões administrativas irregulares

Carreadas as devidas considerações sobre a *coisa julgada administrativa*, a última seção do trabalho concentrará esforços na análise do ato administrativo de aposentadoria, reforma e pensão, inicialmente emitido pelo órgão ou entidade de origem do servidor e, posteriormente, submetido ao ato de registro pelos tribunais de contas. Necessário, em um primeiro momento, trazer alguns aspectos sobre essa missão constitucional do controle externo, no que diz respeito a características específicas do seu processo, correlacionando-o com fundamentos extraídos do direito processual administrativo comum, apontando algumas distinções entre eles.

Dentro desse mesmo processo administrativo de controle externo ocorre o registro do ato de aposentadoria, reforma e pensão, razão pela qual se faz necessário revelar propriedades da *coisa julgada administrativa*, considerando que, mediante a apreciação da legalidade do ato originário exercida pelos tribunais de contas, surgem questionamentos quanto a estabilização ou não da decisão inicial, exatamente em face de se supor o alcance da coisa julgada perante o erário.

Ao final, será apresentado o anunciado desfecho da pesquisa, no sentido de demonstrar se o ato de registro promovido pelos tribunais de contas – e, conseqüentemente, as parcelas e os outros atos que nele estão contidos –, traz implicações jurídicas no ato que está sendo registrado, principalmente pelo fato de que, ao realizar o registro dessa decisão administrativa, o controle externo examinará a sua respectiva legalidade, adentrando em seu plano de validade

⁴³⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2014. p. 54.

e, conseqüentemente, colocando outra vez a passagem do tempo como cerne do deslinde da discussão.

4.2.1 Os tribunais de contas e sua missão constitucional no controle das decisões administrativas irregulares: análise sobre a existência ou não de distinções relevantes entre o processo de controle externo e o processo administrativo

A produção dos atos administrativos e, conseqüentemente, das respectivas decisões administrativas, sofrem diversos controles. De regra, é de se notar que o conceito de um controle, ou melhor, do exercício dessa atribuição por um órgão controlador, não comporta subordinação. Assim, quando o controle é exercido por órgãos fora da hierarquia, existe evidente relação de coordenação e controle que, aqui no Brasil, no que diz respeito ao controle externo constitucional, é feito pelos tribunais de contas⁴⁴⁰.

O controle externo dos gastos públicos e da respectiva gestão ganhou força com a Constituição Federal de 1988. Basta verificar que, enquanto na CF/1967 o controle externo era dirigido basicamente à fiscalização financeira e orçamentária da União, nos termos do seu art. 71⁴⁴¹, na CF/1988 robusteceram-se os mecanismos jurídicos de controle, a começar pela ampliação desse tipo de fiscalização, que agora passou a prever expressamente em seu art. 70 a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, sendo que no art. 71 trouxe também um rol de atribuições a serem exercidas exclusivamente pelo Tribunal de Contas da União⁴⁴² no âmbito federal, dando a este órgão um ferramental jurídico essencial para o respectivo controle dos gastos públicos⁴⁴³.

No entanto, embora louvável seja esse reconhecimento constitucional, isso não faz com que as decisões administrativas produzidas pelas cortes de contas deixem de ser alvo de críticas de setores da sociedade e da organização civil, o que motivou a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas - ATRICON a produzir um texto para a reforma dos tribunais de contas no

⁴⁴⁰ PONDÉ, Lafayette. **Controle dos Atos Administrativos**. Rio de Janeiro, v. 212, Revista de Direito Administrativo, abr./jun, 1998, p. 43.

⁴⁴¹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 24 de janeiro de 1967. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 24 nov. 2020.

⁴⁴² BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁴⁴³ A CF/1988, em seu art. 75, trouxe ainda a previsão expressa sobre a organização dos tribunais de contas dos estados e do Distrito Federal, bem como dos tribunais e conselhos de contas dos municípios, algo que não existia de modo explícito na CF/1967, dando respaldo de ordem constitucional para a organização dos tribunais de contas brasileiros, criando a possibilidade de efetivamente constituir um verdadeiro sistema de controle externo, de ordem nacional.

País, dando origem à PEC 22/2017, de autoria do senador Cássio Cunha Lima, cuja matéria encontra-se nesse momento em relatoria⁴⁴⁴.

Importantes e essenciais contribuições para o sistema de controle externo constam dessa proposta. Não se pode ignorar que o desejo pelo rigoroso controle dos gastos públicos deve ser um anseio a ser perseguido por todos aqueles que gostariam de ver os recursos oriundos dos seus tributos bem empregados, sendo que a colaboração dos tribunais de contas para isso é de valor inestimável. Contudo, para os fins desse trabalho, é de interesse mencionar que uma dessas propostas constantes da PEC 22/2017⁴⁴⁵ é a padronização da atuação dos tribunais de contas, mediante a qual se espera que, a médio e longo prazo, todas as cortes de contas venham a usufruir de um efetivo processo de controle externo adequado, bem como de ferramentas que sejam capazes de dar um tratamento mais tempestivo a certas matérias que envolvem essa interação de gastos públicos, que por vezes ocorre entre as unidades da federação, a exemplo de problemas advindos de convênios e de acumulação de cargos e empregos públicos.

O sistema de controle externo organizado é algo que - dada a exigência por parte de nossa sociedade de usufruir efetivamente da regularidade de uma decisão administrativa satisfatória e transparente -, está intrínseco no desejo e na mente da coletividade contemporânea, fazendo com que haja nesse momento uma janela de oportunidade para o exercício legislativo de estabelecer regras de direito, visando a obtenção de um melhor controle de gastos – normas essas com características de limitar as pretensões individuais e institucionais, antecipando a solução para os mais diversos conflitos⁴⁴⁶-, e, conseqüentemente, tornando o ambiente propício a uma pacificação social mais justa e duradoura.

Com esse olhar para a decisão administrativa, não só no interior do Direito Administrativo, mas agora dentro de um processo de controle externo, é de se notar que este recebeu e está ainda aferindo informações de outros ramos epistemológicos da ciência jurídica, como o Direito Constitucional e o Direito Civil - sendo que o sistema do Direito recebe essas informações com o intuito de responder com uma gama de decisões já estruturadas, funcionando essa ciência jurídica como um *programa de inputs*, denominado por Luhmann de

⁴⁴⁴ ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. Disponível em: <<https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/06/PEC-22-2017.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2020.

⁴⁴⁵ PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 22, DE 2017. p. 14. Disponível em: <<https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/06/PEC-22-2017.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2020.

⁴⁴⁶ HAURIOU, Maurice. **A Teoria da Instituição e da Fundação – Ensaio de Vitalismo Social**. Tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 17.

programas condicionais⁴⁴⁷. É perceptível que outros sistemas estão também influenciando o Direito, a exemplo da Economia, da Contabilidade e da Administração. Evidentemente, o Direito possui ainda as suas próprias regras e, mais ainda, há no Direito Administrativo inúmeras regras constitucionais que lhe dirigem, bem como princípios que muitas vezes norteiam o gestor público ao encontrar dificuldades de apresentar decisão escoreita para o caso concreto.

Nessa esteira, é possível depreender que matérias bem mais desenvolvidas em outras ciências estão se transportando para outras, ou, pelo menos, as influenciando. Como exemplo a Contabilidade, responsável por organizar as normas referentes às transparências das empresas privadas – entre outras especificidades-, que calhou a exercer enorme alcance na Administração Pública Federal, principalmente quando as normas de Contabilidade passaram a ter de observar normas internacionais, conforme prescreve o Comitê de Pronunciamentos Contábeis⁴⁴⁸.

Essa influência acima aventada não é somente, de modo algum, um certo tipo de insinuação de um raciocínio jurídico, mas pode ser simplesmente comprovada quando se olha para a CF/1988. É de se observar que a inclusão do termo “transparência” não é originária da redação inicial da Constituição Federal de 1988. As três passagens em que o termo se faz presente na Carta Magna, quando dessa pesquisa, foram incluídos em momentos recentes, pelas Emendas Constitucionais: 71/2012 – art. 216-A, § 1º, inciso IX-; 103/2019 – art. 40, § 22, inciso VII -; e 108/2020 – art. 212-A, inciso X, alínea “d” -⁴⁴⁹.

A necessidade de transparência dos relatórios de gestão fiscal e das decisões administrativas naturalmente faz com que seja incentivado o emprego de um maior zelo para a expedição desses atos da Administração Pública, tendo em vista que existem instrumentos por parte dos controles administrativos externos e internos capazes de sancionar o gestor que venha a deixar de atuar sem a devida observância, a exemplo da Tomada de Contas Especial, nos termos do que consta do art. 8º da Lei 8.443/1992⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **Introducion a La Teoría de Sistemas**. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana. Biblioteca Francisco Xavier Clavigero. 1996, p. 50.

⁴⁴⁸ COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. Disponível em: <<http://www.cpc.org.br/CPC/CPC/Conheca-CPC>>. Acesso em 28 nov. 2020.

⁴⁴⁹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 nov. 2020.

⁴⁵⁰ BRASIL. LEI Nº 8.443, DE 16 DE JULHO DE 1992. **Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm#>. Acesso em: 05 dez. 2020.

Constata-se que a necessidade de tornar as decisões administrativas do erário mais transparentes transformou-se inicialmente em um problema a ser solucionado, o qual passou a constar da agenda do legislativo- e, conseqüentemente, após algum tempo, foi formalmente tratado pelo sistema⁴⁵¹-, principalmente porque o pensador do problema o elevou até esse modelo, para então buscar uma solução dentro do Direito⁴⁵². O imperativo de transparência dos atos administrativos, como uma garantia no âmbito do processo, foi então evidenciado no art. 2º, parágrafo único, inciso V da Lei 9.784/1999, determinando à Administração Pública que observe nos processos administrativos o critério de “divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição⁴⁵³”.

A fundamentação do ato administrativo, sob o aspecto jurídico, além de explicitar uma exigência de formalidade da decisão, demonstra ainda outras expressões relevantes além da própria transparência, como as faces da justiça e da proporcionalidade⁴⁵⁴. Nesse sentido, a transparência funciona não somente como um facilitador do controle político – e das prestações de assistência vital fornecidas pela Administração em benefício de seus administrados-⁴⁵⁵, mas também da própria fundamentação jurídica do ato e de seu valor simbólico.

Uma das funções do processo administrativo, para além daquela de dar andamento à regular marcha processual mediante atos administrativos, é então de monitorar, mediante um mecanismo de controle⁴⁵⁶, a regularidade do direito a ser entregue àquele que litiga em face do Estado. O conjunto de uma fundamentação adequada, aliada a um dever de regular e de monitorar a correição da decisão administrativa finalística, faz com que a Administração Pública se abrigue contra maus litigantes e, melhor ainda, proteja o direito real daqueles que

⁴⁵¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 250.

⁴⁵² Ademais, esse dever de divulgação oficial das decisões administrativas – salvo nas exceções previstas na Carta Magna -, além de propiciar a possibilidade de seu controle político, tem um outro aspecto relevante a ser explicitado. Ao se observar o dever legal de revelação do ato administrativo, essa decisão passa então a ser disponibilizada para o controle de sua própria fundamentação.

⁴⁵³ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁴⁵⁴ ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A teoria do acto e a justiça administrativa: o novo contrato natural**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 18.

⁴⁵⁵ FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1958, p. 476.

⁴⁵⁶ O controle da mencionada fundamentação é feito dentro do processo administrativo que, no caso do serviço público federal, é regido em regra pela LPA, e também por outras normas processuais específicas no âmbito da União, a exemplo de quando se trata de processos especializados e com normas próprias, como os processos disciplinares e de licitações e contratos.

desejam obter a solução mais adequada para a sua situação fática, em sintonia com o sistema jurídico.

Considerando essa relação entre os ritos processuais e o direito material que consta do âmago do pedido, pode-se concluir que fundamentar a decisão não é uma faculdade do gestor que emite esse ato. Essa fundamentação faz parte da demonstração clara do entendimento da Administração sobre um determinado caso concreto. Deixar de bem fundamentar é análogo a deixar de decidir – isso porque a ausência de um pronunciamento expresso da administração pode indicar a sua falta de vontade em responder o caso concreto, mediante a expedição do ato⁴⁵⁷ -.

Nesse sentido, ao final do processo administrativo regularmente instruído, tem-se a decisão administrativa fundamentada. A Lei 9.784/1999 - cujos dispositivos indicam a clara intenção de tornar o processo administrativo federal mais próximo do seu usuário, tornando-o titular de direitos e de deveres legais expressos no texto normativo-, trouxe também em seu texto o dever de observação ao critério da fundamentação, ao prescrever que devem ser indicados no processo administrativo “os pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”, conforme consta do seu art. 2º, parágrafo único, inciso VII⁴⁵⁸.

O dever de se observar adequadamente as regras processuais e de respeitar a obrigação de fundamentar o ato decisório resta, assim, evidentemente explícito na LPA. Todavia, deve-se rememorar que a presente pesquisa tem a intenção especial de avaliar a correlação entre a decisão produzida no âmbito do controle externo – ao apreciar a legalidade dos atos de aposentadoria, reforma e pensão -, e aquela produzida pelos órgãos de gestão de pessoal da Administração Pública. Desse modo, cabe agora então realizar os seguintes questionamentos: o processo de controle externo dos tribunais de contas deve seguir os mesmos princípios do processo administrativo comum? As regras processuais podem ser estabelecidas de maneira distinta do processo administrativo no campo dos tribunais de contas?

Em um primeiro momento, adotando um ponto de vista axiomático – tomado como uma afirmação para fins de suposição para a finalidade da argumentação⁴⁵⁹ -, não se vê razão para

⁴⁵⁷ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo – El acto administrativo – TOMO 3.** 8ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2004, p. III-8.

⁴⁵⁸ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁴⁵⁹ ALBERT, Hans. **Tratado da Razão Crítica. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro LTDA. 1978, p. 61.

que as informações que constam do processo de controle externo sejam tratadas com princípios e regras totalmente distintas daquelas adotadas pela LPA ou por leis específicas, salvo os casos especialíssimos e relevados postos em lei, em que se justifica o distanciamento entre gestor e o respectivo controle, com o intuito de evitar qualquer contaminação da ação de controle por indução do administrador ou, ainda, buscando-se evitar que o próprio controle substitua o gestor em sua discricionariedade legal.

No entanto, é preciso dizer - sem adentrar na celeuma sobre a natureza jurídica dos tribunais de contas-, que o processo administrativo realizado por essas cortes de controle da integridade da despesa são processos administrativos de controle externo, os quais, regularmente, possuem os seus próprios ritos, produzindo ao final uma decisão dirigida à Administração Pública, que, de regra, tem caráter vinculativo⁴⁶⁰. De fato, o processo de controle externo tem as suas peculiaridades, principalmente porque, em regra, os tribunais de contas se relacionam - quando de suas auditorias e fiscalizações de atos -, diretamente com os órgãos e entidades, principalmente quando não são examinadas situações individuais e sim gerais, quando então o contraditório perante o TCU é fixado diretamente com o órgão ou entidade cujos atos são examinados⁴⁶¹, e não diretamente com o servidor.

Apesar disso, ainda que os tribunais de contas estabeleçam relações de controle externo diretamente com os órgãos e entidades que lhe são jurisdicionados, isso não torna esse controle processual uma espécie totalmente distinta dos demais processos administrativos, tendo o processo de controle externo o dever de observar princípios e regras próprios do Direito Público, ou, melhor ainda, do Direito Administrativo. É necessário ressaltar, no entanto, que as decisões emitidas pelos tribunais de contas, embora não sejam decisões do Poder Judiciário e nem do Poder Legislativo, também não se revestem de um puro caráter administrativo, considerando este no sentido de ações referentes às prestações de serviços públicos à coletividade ou dirigida a particulares – portanto, não cabe assim aos tribunais de contas se colocarem ao lado de quaisquer particulares, pessoas físicas ou jurídicas⁴⁶²-. Aos tribunais de contas são impostos deveres e poderes pela própria Constituição Federal.

⁴⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 785.

⁴⁶¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 225/2020-TCU-Plenário**. Relator: MARCOS BEMQUERER. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 05 fev. 2020. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

⁴⁶² DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 166-167.

Existem peculiaridades na organização dos tribunais de contas, principalmente no que diz respeito às características e das naturezas de suas fiscalizações, fazendo com que surja a necessidade de ter uma forma específica para tratar os processos que tramitam nas unidades técnicas dessas cortes de controle externo. Devido a essas especificidades, assiste aos tribunais de contas o poder regulamentar, mediante o qual ele pode, além de organizar o seu quadro administrativo de servidores e suas atividades operacionais, estabelecer regras processuais para o processo que tramita em suas unidades, a exemplo do que dispõe o art. 3º da LOTCU, prescrevendo que a Corte de Contas da União poderá “ expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade⁴⁶³”.

Ressalte-se então que aos tribunais de contas assistem à observação dos princípios processuais fixados na Constituição Federal, os quais também regem as regras processuais tanto do Direito público quanto do Direito privado. As regras processuais principais a serem observadas no âmbito dos tribunais de contas são aquelas extraídas dos princípios processuais constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e o juiz natural⁴⁶⁴, não cabendo no âmbito do processo de controle externo qualquer regra injustificável que limite o acesso aos autos dos administrados interessados.

No entanto, não se pode olvidar que a CF/1988 fixou regras específicas ao controle externo a serem desempenhadas pelos tribunais de contas. Entre essas regras, a mais relevante para esse trabalho é a do art. 71, inciso III da Carta Magna, o qual prescreve que ao tribunal de contas compete “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta (...) bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões⁴⁶⁵...”. Esse dispositivo levanta questões relevantes no âmbito do Direito Administrativo, quando se traz a lume essa atribuição constitucional do controle externo, de então examinar o ato administrativo elaborado pelo gestor, no que tange a atos de admissão, reforma e pensão. Uma delas é a questão sobre a coisa julgada administrativa e o alcance dela junto aos tribunais de contas, assunto que será abordado logo a seguir.

⁴⁶³ BRASIL. LEI Nº 8.443, DE 16 DE JULHO DE 1992. **Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm>. Acesso em: 05 dez. 2020.

⁴⁶⁴ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Procedimento Administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 106-107.

⁴⁶⁵ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 nov. 2020.

4.2.2 Ação dos tribunais de contas sobre a denominada coisa julgada administrativa: possibilidade ou não de modificação das decisões administrativas irregulares

Retoma-se, mais uma vez, questão que permeou toda essa pesquisa e que está no centro de discussões em vários campos epistemológicos do Direito, qual seja, a segurança jurídica. Aliás, ao conceituar o Direito, como quer alguns, como o “conjunto de regras aplicadas pelo Estado, por meio do emprego da força (coerção)⁴⁶⁶”, torna-se assim substancialmente dificultoso imaginar que essas normas não tenham sido criadas pelos cidadãos de um Estado – ou por seus representantes-, justamente para dar previsibilidade as suas decisões e, conseqüentemente, conferir segurança jurídica a todos aqueles que venham a relacionar entre si ou com a própria Administração Pública.

Expandindo para além do conceito acima, é de se notar que, após a criação das regras por meio do Direito, coloca-se para todos que a elas se submetem uma forma de visualização do mundo. Pode ser que, após pesquisa empírica específica, venha a se confirmar que essas normas, mesmo que originadas pelo legislador - que, em um ambiente democrático, foi eleito pela população-, estejam de certa forma descoladas do mundo real. A promoção desse descolamento entre o mundo da vida e o mundo natural promove, por vezes, dificuldades para o indivíduo, tendo em vista que essa assimetria tem o poder de “constranger a liberdade humana”⁴⁶⁷, mediante um enquadramento cuja observação é exigida de todos daquela coletividade, mesmo que não agrade a totalidade dos seus respectivos membros.

Já se falou nesse trabalho sobre a relevância da coisa julgada administrativa, bem como da estreita vinculação entre ela e o Princípio da Segurança Jurídica. É de se destacar, no que diz respeito à atuação da Administração Pública mediante a expedição de decisões administrativas, que atos anteriores adotados pelas partes provocam situações fáticas no mundo real, as quais dão origem a tal decisão; no entanto, esses atos, embora não sejam a representação perfeita dos enunciados normativos, não são neutros “ao conteúdo objetivo de uma norma⁴⁶⁸”. Desse modo, a coisa julgada administrativa é então produzida por meio do amoldamento da situação fática em uma norma, mas esta não possui uma relação causal com o fato social, tendo em vista que a lei não cria esse mencionado fato.

⁴⁶⁶ GICO JR., Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 31.

⁴⁶⁷ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança Jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 71-72.

⁴⁶⁸ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 38-39.

Pode-se então notar que um fato análogo diverso daquele outro que gerou a coisa julgada administrativa, em um outro momento, possa vir a ter uma solução bem distinta deferida por uma específica autoridade administrativa, considerando o evento de a norma não ser capaz de dar origem ao fato social. Essa, por evidente, não é uma situação desejada pois, no mínimo, ferirá um dos princípios da Administração Pública, que é o princípio da impessoalidade, insculpido no *caput* do art. 37 da CF/1988⁴⁶⁹, e, buscando um alcance mais amplo, promoverá tumulto no próprio sistema jurídico.

Iniciativas legislativas para viabilizar a manutenção da integralidade do sistema jurídico brasileiro têm surgido, buscando então limitar decisões que não tenham sólidas bases jurídicas. Como exemplo de maior realce no âmbito do controle das decisões administrativas, cita-se aquela então promovida pelo art. 20 da LINDB, ao prescrever que “nas esferas administrativas, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão⁴⁷⁰”.

Em outro momento, quando da análise da coisa julgada administrativa, já fora dito sobre a importância que ela tem para a promoção da segurança jurídica e, conseqüentemente, para também funcionar como paradigma, com mira em outras situações análogas apresentadas à Administração Pública pelas partes, sendo que, diante de fatos análogos àqueles em que foram decididos em momento anterior, esses modelos decisórios possam então ser bem utilizados ou – talvez mais relevante ainda –, fornecerem um instrumento adequado à apresentação de subsídios para que a parte decida se irá se insurgir ou não em face do erário.

A coisa julgada traz então o Direito para o caso concreto, no entanto é relevante dizer que esse Direito não exsurge exclusivamente dos fatos, tendo em vista que as normas, devido à natureza humana, também refletem as incertezas de nossa realidade⁴⁷¹. Essas incertezas ou indefinições podem, em determinadas situações, estar distantes da sociedade e do seu subsequente desejo, no que diz respeito, essencialmente, do conteúdo de uma norma, fazendo

⁴⁶⁹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 nov. 2020.

⁴⁷⁰ BRASIL. LEI Nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2020.

⁴⁷¹ REALE, Miguel. **Revogação e Anulamento do Ato Administrativo**. 1ª ed. Rio: Forense, 1968, p. 15.

com que essa nova regra eventualmente destoe do sistema jurídico, cuja coisa julgada administrativa, a bem da verdade, tem como uma de suas finalidades evitar⁴⁷².

Ademais, a coisa julgada administrativa, quando utilizada para fins paradigmáticos, então orientados para fornecerem subsídios - tanto para os administrados, quanto para a Administração Pública -, também é uma forte ferramenta de economia de recursos públicos. Isso acontece principalmente porque, ao fornecer de forma clara qual é a posição do erário sobre determinado assunto, resta evidente que ambas as partes poderão se ajustar da melhor forma para a condução do processo, principalmente quanto aos gastos incorridos. Por parte da Administração, essa poderá decidir casos análogos conforme o paradigma anterior, o qual, se bem produzido, evitará gasto de tempo de pessoas com análises de processos bem como de argumentos que poderiam ser judicializados, impedindo dessa forma uma nova produção de solução dos litígios pelo Poder Judiciário e, conseqüentemente, diminuindo o seu congestionamento⁴⁷³.

A economia de recursos que surge da adoção de paradigmas seguros pode ser utilizada, por exemplo, em uma transferência de recursos, visando melhor redistribuição de renda e, conseqüentemente, diminuindo a sua concentração para fins benéficos, a título de buscar melhor coesão social. Essa redistribuição já é bem utilizada em países como a Alemanha, em comparação aos países da América Latina, estes ineficientes no que diz respeito em transferências de recursos do Estado para fins de diminuição de concentração de renda⁴⁷⁴.

Infere-se assim de todo o exposto que o art. 20 da LINDB teve como uma de suas intenções diminuir decisões externas de controle capazes de impactar negativamente os órgãos e entidades da Administração, retirando-lhes eventualmente a capacidade de implementar políticas públicas; tal dispositivo teve ainda o intuito de diminuir a denominada “Administração

⁴⁷² A parte, tendo ciência clara de como o Estado administrador decide, poderá melhor resolver se deverá ou não levar a sua reclamação adiante, considerando que a sua expectativa quanto ao ato decisório se tornará mais bem delineada.

⁴⁷³ De outra banda, da parte do administrado, é de fácil percepção o benefício da coisa julgada administrativa – quando, é claro, foi dada anteriormente a sua devida publicidade e conhecimento –, isso porque ela fornece a posição exata da Administração Pública sobre determinado assunto, podendo assim o agente decidir se realmente compensa insistir em seu pleito, principalmente quando a sua situação fática se amolda perfeitamente ao paradigma fixado pela coisa julgada administrativa.

⁴⁷⁴ COSTA, Sérgio. **Desigualdades, interdependência e políticas sociais no Brasil**. In: Implementando desigualdades: reprodução de desigualdades na implementação de políticas públicas / Roberto Rocha C. Pires Organizador. - Rio de Janeiro: Ipea, 2019, p. 63.

do medo⁴⁷⁵”, capaz de produzir no gestor receio de agir e ser posteriormente sancionado, em face de um apego excessivo à legalidade estrita por parte dos órgãos de controle. É de conhecimento que os órgãos de controle no Brasil desempenham atividades de enorme relevância. No entanto, não se pode olvidar que há um certo desconforto por parte do gestor, quando este então avalia a sua tomada de decisão sob à luz das futuras ou concomitantes ações do controle externo, ocorrendo o já conhecido “apagão das canetas”, que consiste na paralisação de decisões, em face de temor de responsabilização⁴⁷⁶.

Em face de situações fáticas que requerem atuação rápida do administrador público, com o intuito de melhor atender aos interesses coletivos e, ainda, com a devida tempestividade que a ação pública requer, por vezes resta óbvio que o apego irrestrito ao texto da lei não consegue fornecer a melhor solução para o cidadão ou para o seu servidor, este último quando no papel de administrado. Entretanto, no que diz respeito especificamente ao controle externo da Administração Pública, é de se esperar também, em que pese o acima mencionado, que, ao mínimo, a consideração da compostura da norma deve ser incentivada, com a intenção de que se busque assegurar padrões mínimos de um controle externo voltado para a boa execução de serviços públicos, a exemplo da observação de parâmetros mínimos de controles externos voltados à atividade regulatória⁴⁷⁷.

A juridicidade, como princípio do Direito Público, então já posto em nosso direito positivo, mirando uma maior centralidade da Constituição Federal, com o fito de realmente transformar o discurso em técnica aplicável ao cotidiano⁴⁷⁸, não pode ser então renegada pelo administrador público quando, principalmente, esteja diante de situações com elevado grau de complexidade, cuja solução, por vezes, nem mesmo se encontra de modo análogo em qualquer norma, requerendo assim habilidade jurídica avançada do agente decisor ou de um apoio jurídico adequado.

A forma de atuar e de decidir acima preconizada, visando obter uma consonância entre o ato decisório e a completude do sistema jurídico, traz também o receio de como os órgãos de

⁴⁷⁵ NOHARA, Irene Patrícia, MOTTA, Fabrício, PRAXEDES, Marco. **Coleção soluções de Direito Administrativo: Leis Comentadas. Série I: administração pública; volume 10. LINDB no Direito Público**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. p. 23.

⁴⁷⁶ NOHARA, Irene Patrícia, MOTTA, Fabrício, PRAXEDES, Marco. **Coleção soluções de Direito Administrativo: Leis Comentadas. Série I: administração pública; volume 10. LINDB no Direito Público**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. p. 24.

⁴⁷⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2014, p. 305.

⁴⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, nº 15, janeiro/fevereiro/março de 2007, p. 30.

controle irão avaliar a mencionada decisão. É nesse cenário que se destaca a importância da coisa julgada administrativa, pela qual, como já se alertou, deve-se então buscar respostas semelhantes para situações análogas, dando o devido e esperado respaldo jurídico, essencialmente quanto àquelas decisões de maior complexidade, razão esta pela qual se entende ser muito desejável a estimulação, por parte dos órgãos de controle, de uma maior e melhor transparência de suas decisões paradigmáticas, a exemplo do que já é feito pelo Tribunal de Contas da União, ao divulgar os seus boletins de jurisprudência. É relevante destacar, no entanto, que o respectivo paradigma deve estar muito bem situado com as regras e princípios do sistema; isso ocorre porque uma específica decisão, em face de uma lacuna axiológica, embora parta de uma regra ou dela se acoberte, pode dar as costas para os jogos de princípios, configurando assim um abuso de direito⁴⁷⁹.

Sabe-se bem, por parte de quem lida efetivamente com a legislação de pessoal, que cada ato ou pedido de um agente público tem o potencial de abranger um aspecto específico de uma norma, interagindo com outras tantas. Tempos de serviço ou de contribuição podem ser considerados de modos distintos, podem sofrer ponderações pelo exercício de atividades insalubres, podem dar àquele que o detém direitos específicos à percepção de parcelas e de vantagens peculiares, de acordo com o período em que esse servidor ingressou no serviço público, com efeitos em sua vida na atividade, bem como na respectiva inatividade, haja vista que existem inúmeras regras de transição a ser consideradas quando da aposentadoria do servidor.

Quanto ao aspecto da seguridade social, é amplamente veiculado que o sistema previdenciário brasileiro tem amargado grave crise no Brasil, que, entre outras, teria uma origem estrutural e, em um nível mais específico ainda, agravada por uma questão de inadequada vigilância, essencial para o equilíbrio atuarial⁴⁸⁰, a qual passa, inevitavelmente, pelo fortalecimento dos mecanismos de controle, bem como de devida integração com o agir dos administradores públicos, visando assim manter a melhor cautela possível quanto às decisões ou os atos de aposentadorias, reformas e pensões, atos esses que têm um forte impacto no tempo e na maneira de administrar o orçamento dos entes públicos.

⁴⁷⁹ ATIENZA, Manuel. **O Argumento de Autoridade no Direito**. Tradução de André Rufino do Vale. Itajaí: Revista Novos Estudos Jurídicos. v. 17, n. 2, 2012, p. 159.

⁴⁸⁰ TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. **O controle das aposentadorias pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 51.

Existem outros instrumentos que também têm a intenção de padronizar – quando possível -, as decisões administrativas, e, assim, o uso dessas ferramentas também deve ser estimulado, a exemplo das consultas dirigidas ao Tribunal de Contas da União, conforme art. 1º, inciso XVII e § 2º da Lei 8.443/1992⁴⁸¹. A resposta à consulta, conforme consta desse dispositivo, tem caráter normativo e, embora não configure um prejulgamento do fato ou do caso concreto, fixa um entendimento para a tese. É de se presumir que o conteúdo das consultas dirigidas ao Tribunal de Contas da União pelos órgãos jurisdicionados revelam situações que não se amoldam imediatamente na lei.

Nesse sentido, como a consulta ao TCU é realizada dentre de um processo administrativo, a decisão proferida por esta Corte de Contas deverá observar os princípios que regem esse processo, não só decidindo conforme o que somente diz a lei, mas também o Direito, conclusão esta que pode ser facilmente extraída tanto da Lei Orgânica do TCU, mediante o que está disposto no seu art. 1º, § 3º, inciso II – o qual exige que a fundamentação do Ministro-Relator tenha passado pelas questões de fato e de direito -, bem como do que consta no art. 2º, parágrafo único, inciso I da Lei 9.784/1999, sendo que este último firmou textualmente o Princípio da Juridicidade em nosso sistema jurídico, ao dizer que o processo administrativo deverá obedecer ao critério de atuação conforme a lei e o Direito – base responsável, como quer alguns, pela modificação do Princípio da Legalidade, para que este venha a compreender uma subordinação - em ordem -, à Constituição e, em seguida, à lei⁴⁸².

Talvez, como ensina alguns na doutrina, a função fiscalizadora dos tribunais de contas seja a mais importante dentre as atribuições do controle externo⁴⁸³. E não é possível deixar de ressaltar a importância da coisa julgada administrativa para fins de se evitar a continuidade de decisões irregulares, tendo em vista que é mediante o paradigma, então fornecido pela coisa julgada administrativa, que se pode programar os instrumentos de fiscalização comparando a situação encontrada nos órgãos jurisdicionados com o critério fornecido pelo modelo originado da decisão processual paradigmática.

⁴⁸¹ BRASIL. LEI Nº 8.443, DE 16 DE JULHO DE 1992. **Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm#>. Acesso em: 18 dez. 2020.

⁴⁸² BARROSO, Luís Roberto. **NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 240, Abr/Jun 2005, p. 32.

⁴⁸³ COSTA, Gustavo Vidigal. **O Planejamento do Estado e o Papel Fiscalizatório dos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, p. 141.

No entanto, traz-se agora inquietante questionamento, com o qual o gestor público responsável pelo ato decisório se depara com certa recorrência no âmbito do serviço público e, principalmente, quando se está em jogo pagamento de vantagens ou de parcelas aos servidores públicos, consistente na seguinte pergunta: vindo um entendimento posterior distinto daquele adotado em processo antecedente, em relação jurídica processual adequada, geradora da coisa julgada administrativa, poderia o administrador alterar a decisão anterior, para então dar novo juízo àquele caso conforme essa nova decisão?

Logo de início, a resposta parece ser até singela, haja vista que, em regra, segundo um dos critérios a ser observado nos processos administrativos é de não aplicação de entendimento retroativo referente a uma nova interpretação, critério este positivado no art. 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei 9.784/1999⁴⁸⁴. Apesar disso, entende-se que a solução para o caso concreto pode não ser simples como se apresenta. Um primeiro questionamento razoável que surge em situações reais levadas ao gestor público é quanto a um eventual equívoco de interpretação adotado por ele em um caso concreto específico, por simples erro de julgamento da lei ou de interpretação dos paradigmas que realmente deveriam ser seguidos.

Em face dessas situações, diante do pagamento de uma parcela irregular aos servidores e aos agentes públicos e, quando no ato que motivou esse pagamento houve por parte do gestor uma interpretação equivocada desculpável da lei, em conjunto com a prática de um ato envolto de boa-fé, a dispensa dos valores percebidos indevidamente é imposta, em consideração à presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais, conforme prescrito na Súmula 249 do TCU⁴⁸⁵.

É de se observar, como já dito, que os casos concretos nem sempre são de fácil solução. As eventuais interpretações equivocadas da lei normalmente acontecem quando se tem falhas nas normas ou, ainda, quando se tem lacunas no sistema ou, melhor, lacunas de valoração, as quais, normalmente, são solucionadas mediante a utilização de valorações adequadas⁴⁸⁶. Esse raciocínio também não afasta importantes questionamentos que estão envoltos em subjetividade: quando realmente se trata de uma interpretação desculpável por parte do gestor?

⁴⁸⁴ BRASIL. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁴⁸⁵ Tribunal DE CONTAS DA UNIÃO. **Súmula nº 249**. Relator: GUILHERME PALMEIRA. Pesquisa de Jurisprudência, Súmulas, Brasília, 09 mai. 2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/->>. Acesso em: 22/12/2020.

⁴⁸⁶ CANARIS, Claus-Willhelm. **Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 285-287.

Houve efetivamente boa-fé no ato decisório do administrador, tendo esse agido perante à Administração Pública com boa-fé objetiva?

No entanto, o que é realmente perceptível é que nem todo pagamento irregular a um agente público ensejará devolução dos valores recebidos, principalmente quando já estiver ratificada na situação fática a denominada coisa julgada administrativa. Mas, após a construção dessas características sobre o direito material que abrange o ato decisório do administrador público, bem como os insinuantes temas de direito processual que podem afetar a estabilidade da decisão administrativa irregular, traz-se nesse momento a questão mais intrigante dessa pesquisa, a ser trabalhada na última subseção, qual seja: considerando os possíveis efeitos nos atos originários emitidos pelo gestor público, em consequência daquele outro ato que virá a ser elaborado pelos tribunais de contas, ao apreciarem para fins de registro os atos de aposentadoria, reforma e pensão, pode-se falar que, com relação a esses atos, existe coisa julgada administrativa – e, conseqüentemente, estabilidade das decisões neles praticadas –, antes do efetivo registro do controle externo? É o que será enfrentado a seguir.

4.2.3 É possível o gestor público adotar as mesmas implicações jurídicas da natureza do ato emitido pelos tribunais de contas?

Em diversas outras passagens dessa pesquisa, ressaltaram-se algumas peculiaridades do controle externo da Administração Pública Federal, essencialmente quanto à missão atribuída ao controle da despesa pública, mais especificamente ao Tribunal de Contas da União, que, embora auxilie o Congresso Nacional no exercício do controle externo, possui atribuições constitucionais específicas, com “jurisdição em todo o território nacional”, conforme pode ser notado do disposto nos artigos 71 e 73 da CF/1988⁴⁸⁷.

Quanto a essa função das Cortes de Contas de exercer uma eventual “jurisdição”, entende-se melhor denominá-la como uma função jurisdicional administrativa⁴⁸⁸, que consiste no julgamento em definitivo das contas dos administradores públicos. Essa mencionada “jurisdição” dos tribunais de contas traz necessário questionamento sobre o alcance de suas decisões, pois levanta assunto acerca da estabilidade desses atos e estabelece um contraponto a

⁴⁸⁷ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 dez. 2020.

⁴⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 800.

ser esclarecido sobre a distinção entre coisa julgada administrativa e a coisa julgada produzida no âmbito do Poder Judiciário.

Faz-se preciso relembrar o já dito aqui em outra oportunidade que a coisa julgada administrativa não faz a coisa julgada material em definitivo, cujo mérito não cabe mais ser tangenciado. Julgamento com essa característica normalmente só pode ser alcançado no âmbito judicial, nos termos das opções dispostas no art. 487 do Código de Processo Civil⁴⁸⁹. Nesse sentido, essa coisa julgada, cujo objeto da vida entregue às partes não pode mais ser alterado, é alcançado no Poder Judiciário, em um julgamento jurisdicional *stricto sensu*. No entanto, isso não quer dizer que o assunto decidido no âmbito do processo administrativo não possa produzir algum reflexo no processo judicial brasileiro, a exemplo de casos em que ocorreram a decadência administrativa em benefício do agente público, comprovada no transcurso de processo administrativo, cujo questionamento por parte da Administração Pública no Poder Judiciário não mais poderá modificar a decisão.

Embora não seja totalmente unânime na doutrina, adota-se aqui a ideia de que o processo administrativo deve ser construído totalmente no interior de uma relação jurídica administrativa entre a Administração Pública e o cidadão que dele se socorre, em um ambiente democrático, em que se impõem deveres e se concedem direitos de observância obrigatória, tanto por parte da Administração quanto para o administrado⁴⁹⁰. Devido a isso, naturalmente aponta-se para uma interação futura ainda maior entre o processo administrativo e o processo judicial, com o objetivo de entregar à sociedade um resultado processual justo e tempestivo, capaz de fornecer um paradigma seguro para novas decisões.

São vastas as atribuições constitucionais de controle externo exercidos pelos tribunais de contas, cada uma com suas peculiaridades e de várias naturezas, como aquelas bem já conhecidas por aqueles que atuam no controle externo e, aproveitando-se da classificação apresentada por José Nagel⁴⁹¹, traz-se aqui as principais atribuições das cortes de contas: a)

⁴⁸⁹ BRASIL. LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 dez. 2020.

⁴⁹⁰ FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 56.

⁴⁹¹ NAGEL, José. **A fisionomia distorcida do controle externo**. Brasília: Revista do TCU, v. 31, n. 86, out/dez, 2000, p. 37-40.

opinativa, consultiva e informativa; b) investigatórias; c) corretivas e cautelares; d) cautelares; e) jurisdicionais; f) declaratórias; e g) punitivas⁴⁹².

A classificação acima aludida é interessante para, ao menos, alertar acerca das diversas possibilidades do exercício do controle externo no Brasil, após a ampliação dessa atividade dada pela CF/1988. Contudo, entre todos aqueles itens da classificação das funções do controle externo acima exposta, interessa agora expor acerca daquele referente à apreciação da legalidade, para fins de registro, dos atos de aposentadoria, reforma e pensão, objeto específico que é aqui analisado.

A classificação mencionada apresenta essa atribuição das cortes de contas como de natureza opinativa, consultiva ou informativa⁴⁹³. Ou seja, depreende-se dessa informação que o encargo constitucional dos tribunais de contas, ao realizar a apreciação para fins de registro dos atos de aposentadoria, reforma e pensão seria somente de emitir uma opinião quanto à legalidade dos atos, haja vista que, em regra, uma função de natureza opinativa não teria o condão de vincular a Administração Pública.

Em caminho análogo, conforme se extrai do entendimento de alguns doutrinadores, as aposentadorias, reformas e pensões passariam por dois momentos, cada qual envolvido em um conjunto de procedimentos, sendo o primeiro momento - e principal-, efetivado pelo gestor administrativo, no âmbito do próprio órgão ou entidade, ao conceder o respectivo direito aos servidores ou aos seus respectivos beneficiários; posteriormente, esse mesmo procedimento receberia somente uma apreciação ou avaliação dos tribunais de contas, para apenas então opinar quanto a sua legalidade, em um procedimento de registro/control⁴⁹⁴.

⁴⁹² A bem da verdade, a exemplo do que normalmente acontece em outros ramos epistemológicos do Direito, a classificação acima apresentada não é única, existindo outras diversas apresentadas por outros doutrinadores, além do que existem debates no que diz respeito ao conteúdo de cada tarefa de controle externo a ser amoldada nas alíneas supracitadas no parágrafo anterior, e, dentre elas, cita-se uma das mais controvertidas, qual seja, a de natureza jurisdicional – normalmente vinculada ao julgamento das contas dos administradores -, principalmente em face do limite da coisa julgada administrativa, já apresentado nessa pesquisa em outro momento.

⁴⁹³ NAGEL, José. **A fisionomia distorcida do controle externo**. Brasília: Revista do TCU, v. 31, n. 86, out/dez, p. 38.

⁴⁹⁴ BITENCOURT NETO, Eurico; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Súmula Vinculante nº 3 do STF: reflexões críticas sobre a teoria dos atos complexos e compostos, e o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa**. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes et al (coords.). **O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ. Homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 213.

Nesse sentido, tomando as considerações acima e, ainda, avaliando os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁹⁵, ao descrever que um ato composto seria aquele oriundo da manifestação da vontade de pelo menos dois órgãos, em que um é instrumental ao outro e, de outra banda, o ato complexo é aquele composto pela manifestação de dois ou mais órgãos, para a formação de um ato único, com vontades homogêneas, será possível aqui concluir que os procedimentos acima não se amoldam em nenhuma dessas classificações, como logo se verá. Leciona Di Pietro que o controle externo foi amplificado em nossa CF/1988, mediante o seu art. 71 e, ainda, ressalta que, entre as funções desse controle, há a denominada de “fiscalização financeira”, à qual se incumbe, dentre outras coisas, de recusar o “registro de atos de admissão de pessoal (excetuadas as nomeações para cargo em comissão) ou de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão”⁴⁹⁶, função esta analisada nesse momento.

Complementando, faz-se imperioso mencionar que Bandeira de Mello, ao expor as atividades de controle externo exercidas diretamente pelos tribunais de contas, traz uma interessante subdivisão que, entre elas, encontra-se a denominada função de “julgamento das contas dos administradores públicos”, na qual ele faz constar também a apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal – com a mesma ressalva no que diz respeito às nomeações para cargo em comissão-, bem como os atos de aposentadoria, reforma e pensão, excetuadas as melhorias posteriores que não afetam a fundamentação do ato concessivo⁴⁹⁷.

O controle externo da Administração Pública, exercido pelos tribunais de contas nacionais, em regra é desempenhado *a posteriori*, não tendo amparo constitucional controle prévio de atos ou contratos, salvo em auditorias, inspeções e fiscalizações *in loco* que tenham o objetivo de verificar situação pontual⁴⁹⁸. É relevante destacar a atuação do controle externo, em regra, como de natureza posterior ao ato administrativo originário, produzido dentro de um órgão ou de uma entidade da Administração Pública.

Resta evidente que a CF/1988 deu ao controle externo a oportunidade de funcionar como um ator externo àquele que produziu a decisão administrativa, com capacidade técnica para analisar os atos administrativos ou a gestão operacional dos órgãos do erário de molde mais

⁴⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p. 260.

⁴⁹⁶ Idem. p. 937.

⁴⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 973.

⁴⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 800.

imparcial possível. Ratificando esse juízo de eventual distinção do ato de registro, cabe trazer à baila que existem diversas manifestações do Supremo Tribunal Federal no sentido de classificar o ato de aposentadoria, reforma e pensão como um ato complexo, a exemplo do que consta nos REs 19.873 e 195.861⁴⁹⁹. Alerta-se, apenas a título de esclarecimento, por ser de menor relevância para esse trabalho, que alguns doutrinadores ainda fazem a distinção entre ato complexo e ato de controle, sendo que o ato de aposentadoria, reforma e pensão se enquadraria nesse último⁵⁰⁰ - isto em razão de que o ato já se encontraria completo assim que emitido pela própria Administração-. No entanto, entende-se que se faz necessário tecer maiores reflexões sobre o tema.

Conforme assinala Guido Zanobini, as vontades que estão envolvidas para a formação do ato único devem buscar uma unidade de fim e de conteúdo, para então obter um negócio jurídico único⁵⁰¹. Assim considerando, traz-se também nesse momento os seguintes questionamentos: há uma unidade de fim e de conteúdo entre o ato de aposentadoria, reforma ou pensão efetivado pela Administração Pública e o registro promovido pelas Cortes de Contas? Ainda, e talvez mais relevante, há realmente um só ato, manifestado por vontades distintas?

Primeiramente, tendo como fundamento o até agora exposto, bem como o prescrito no art. 71, inciso III da CF/1988, entende-se que a apreciação para fins de registro do ato de aposentadoria, reforma e pensão, a ser realizado pelos tribunais de contas, não pode ser considerado um mero procedimento administrativo de análise desse ato, argumento esse normalmente utilizado por aqueles que querem distingui-lo de um ato complexo. Isso acontece devido ao fato de que a atribuição constitucional, dada aos tribunais de contas, é de apreciação da legalidade do ato de aposentadoria, reforma e pensão para fins de registro. Ou seja, entende-se que a mencionada decisão, tomada inicialmente no âmbito da Administração Pública, deverá ter a sua legalidade apreciada, para tão somente após ser registrada.

⁴⁹⁹ TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. **O controle das aposentadorias pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 198.

⁵⁰⁰ Defendem ser o ato de aposentadoria, reforma e pensão não como um ato complexo, mas como um ato de controle - em que este ato já se completa com o ato originário da Administração-, doutrinadores como Aluísio Gama de Sousa, Wallace Paiva Martins Junior e Fabiano de Lima Caetano. Em sentido contrário, argumentando ser o mencionado ato como um ato complexo, doutrinadores assim o defende, como Seabra Fagundes, além de ser a posição atual do STF, do STJ e do TCU. MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. 3. ed. rer., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 109-115.

⁵⁰¹ ZANOBINI, Guido. **Corso Di Diritto Amministrativo**. Volume Primo. L'Ordinamento Amministrativo in Generale. Milano: Editore Dott. A. Giuffrè, 1936 – XIV, 294.

Nessa esteira, o registro da aposentadoria, reforma e pensão, dada a relevância do tema, que obteve *status* constitucional imposto nos termos da CF/1988, é, para fins dessa pesquisa, um verdadeiro julgamento do ato – e consequentemente das parcelas que nele se encontram, razão pela qual aqui se alinha completamente com a classificação trazida por Bandeira de Mello, que, com a devida sensibilidade de análise acerca do tema, sob à luz da Constituição Federal, colocou essa atribuição do controle externo dos tribunais de contas dentre aquelas referentes ao “julgamento das contas dos administradores públicos⁵⁰²”.

Desse modo, não se pode olvidar que, conforme se extrai da própria CF/1998, o ato de registro de aposentadoria, reforma e pensão emitido pelo controle externo, embora construído dentro de um processo administrativo de controle externo, tem como objetivo apreciar a legalidade do primeiro ato produzido pelo gestor no órgão ou entidade original, razão pela qual defende-se nesse momento a existência de dois atos, quais sejam, o ato de aposentadoria, reforma e pensão declarado originalmente pelo Poder Público e, posteriormente, o ato de registro da inativação ou da pensão, esse de atribuição conferida ao controle externo da Administração Pública, o qual verdadeiramente dá-lhe sentido de definitividade. Apesar disso, o reconhecimento da existência de dois atos administrativos, expedidos em momentos distintos e de responsabilidade de órgãos diversos da Administração Pública, não soluciona ainda o problema proposto aqui nessa pesquisa. Nessa linha, buscando a resolução do tema, toma-se novamente emprestado, para fins de raciocínio jurídico análogo, dispositivo do Código Civil, qual seja, o seu art. 45.

Esse dispositivo ensina que a existência da pessoa jurídica de direito privado começa com a “inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo⁵⁰³.”. Esse artigo, embora não possa ser aplicado diretamente no objeto de pesquisa, serve bem para ilustrar a existência no mundo jurídico de dois momentos distintos para os subseqüentes efeitos legais, quais sejam: no primeiro, há a elaboração do ato constitutivo pela futura empresa e, posteriormente, há o respectivo registro, este último capaz de conferir existência legal da empresa.

⁵⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 973.

⁵⁰³ BRASIL. LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 jan. 2021.

O ato do Direito Civil, no entanto, distingue-se em parte do ato do Direito Administrativo, como se viu no decorrer dos primeiros capítulos desse trabalho. No ato proferido no âmbito do Direito Civil, prevalece a autonomia da vontade, em que as partes se firmam em um ato oriundo de uma relação jurídica, pela qual existe um acordo cujos elementos não são vedados pela norma ou pelo sistema jurídico. Já no âmbito do Direito Administrativo, em regra não há essa liberdade - ou seja, a autonomia da vontade é ausente, não existindo uma liberdade de querer por parte do autor que expede o ato⁵⁰⁴-. Resta assim, por evidente também, que o ato administrativo deve respeitar a lei e, não só a lei, mas também a moralidade, sendo que “pareceres, atestados, relatórios da Administração trazem em si a presunção da verdade⁵⁰⁵”, como bem ensinou José Cretella Júnior.

Não é aqui relevante tecer maiores exposições sobre o conceito de ato administrativo, mesmo porque existem na doutrina diversas conclusões e definições distintas acerca desse termo. No entanto, traz-se aqui a apreciação de Celso Antônio Bandeira de Mello, que se faz necessária para compreender o ato administrativo de aposentadoria, reforma e pensão, declarado originalmente pelo órgão ou entidade. Para o ilustre autor, ato administrativo é aquele oriundo de declaração do Estado, proferido por um agente ao exercer prerrogativas públicas, realizando providências jurídicas complementares da lei para dar-lhe cumprimento – ou da própria Constituição Federal, quando esta venha a regular, de modo inteiramente vinculado, um dado comportamento administrativo obrigatório, sem a necessidade de lei -, prerrogativas sujeitas ao controle de legitimidade, a ser realizado por um órgão jurisdicional⁵⁰⁶.

Inicialmente, extrai-se do conceito acima que, como já bem sabido, ao Poder Judiciário cabe então examinar a legitimidade do ato administrativo. Essa atribuição é facilmente percebida quando do exame do conteúdo do inciso XXXV do art. 5º da CF/1988, ao impor que nem mesmo a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito⁵⁰⁷”. Desse modo, a decisão administrativa, consubstanciada na declaração do ato de aposentadoria, reforma ou pensão ao destinatário, produz seus efeitos jurídicos, haja vista que, após a respectiva publicação, aqueles que venham a ser alcançados pelo ato farão jus aos benefícios

⁵⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 13.

⁵⁰⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. **Fundamentos do Direito Administrativo**. São Paulo: Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 1977, p. 311.

⁵⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 393.

⁵⁰⁷ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 jan. 2021.

econômicos dele advindos, percebendo valores normalmente oriundos de contribuições previdenciárias, sem a devida contraprestação do trabalho.

Quanto à produção dos efeitos, não poderia ser diferente, considerando que o ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, possui alguns traços que lhe são específicos. O ato administrativo então deve estar apto para a “produção de efeitos jurídicos imediatos, a sujeição a regime jurídico administrativo e a persecução do interesse público⁵⁰⁸”. Portanto, a produção de efeitos jurídicos imediatos é uma das características do ato administrativo, desde que não submetido a termo ou condição.

Necessário assim se faz tecer observações sobre a conhecida “escada ponteana” – novamente carreando inteligência do campo epistemológico do Direito Civil -, no intuito de estabelecer algumas distinções entre os planos da existência, da validade e da eficácia, principalmente com o intuito de distinguir situações em que são embaralhados os conceitos de validade e de eficácia, por parte de alguns aplicadores do Direito, sendo que tal dificuldade foi enfrentada com vigor no Direito Alemão, tendo em vista que a fórmula inicial: nulo = inexistente = eficaz carregava para o mundo jurídico questões abstrusas de serem solucionadas, tendo a doutrina alemã passado aos poucos a admitir exceções no que tange à ineficácia plena do negócio nulo⁵⁰⁹.

De início, quanto à existência do ato administrativo que originou a aposentadoria, reforma e pensão, nem mesmo há qualquer questionamento em sentido contrário, tendo em vista que o que caracteriza o ato – separando-o do fato -, é a sua experimentada qualidade de ser norma e, ainda que inválida, é reconhecida socialmente como uma norma jurídica⁵¹⁰. Dessa maneira, respeitada as suas características formais e materiais, o ato administrativo original de aposentadoria, reforma e pensão assim declarado é plenamente considerado existente.

Faz-se necessário nesse momento retomar a leitura do inciso III do art. 71 da CF/1988. Esse dispositivo atribuiu ao TCU – e consequentemente aos demais tribunais de contas, por força do art. 75 da CF/1988-, apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal, com a finalidade de registrá-lo. Nessa linha, essa missão constitucional dos tribunais de contas é de

⁵⁰⁸ SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação ex officio do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 103.

⁵⁰⁹ SCHMIDT, Jan Peter. **Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”**. Belo Horizonte: Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, versão digital, ano 3, n. 5, jan./abr., 2014, p. 11.

⁵¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato Administrativo Inválido**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 16.

dizer se o ato originário de aposentadoria, reforma e pensão, então elaborado originalmente pelos órgãos ou entidades da Administração Pública é legal ou ilegal, e, posteriormente, registrá-lo, caso seja legal ou, ainda, negar-lhe registro, se ilegal. A título elucidativo, cabe esclarecer que esta última observação, quanto à possibilidade de negar-lhe registro ao ato de aposentadoria, reforma e pensão, é facilmente extraída do § 1º do art. 260 do RITCU, o qual prescreve que “o Tribunal determinará o registro dos atos que considerar legais e recusará o registro dos atos considerados ilegais⁵¹¹”.

Os objetos do ato administrativo aqui analisados são a aposentadoria, reforma e pensão, prontamente identificáveis após o consentimento aos seus beneficiários. Desse modo, o ato administrativo originário, confeccionado pelo órgão ou entidade, que disponha sobre esses objetos definitivamente existe, vencendo assim o plano da existência, isso porque “a análise da existência ou viabilidade jurídica do objeto refere-se ao plano da existência ou perfeição do ato, e não, exclusivamente, como pretendem alguns, ao plano de sua validade⁵¹²”. É por evidente também a necessidade de que esse objeto seja exteriorizado, para que venha então ser considerado existente⁵¹³. O que resta discutir nesse momento é em qual plano o ato de registro de aposentadorias, reforma e pensão, emitido pelos tribunais de contas, nos termos do inciso III do art. 71 da CF/1988, pode ou não exercer maior influência no ato originário.

Em face da existência do ato originário de aposentadoria, reforma e pensão, conforme já demonstrado, restam dois planos a serem analisados em relação a essa decisão administrativa, quais sejam, os planos da validade e da eficácia, com a intenção de verificar se em algum deles o ato de registro dos tribunais de contas, após apreciação da legalidade do ato originário, pode assim desempenhar algum alcance neste último. O conceito de validade de um ato jurídico não é de fácil cognição, isso porque, na doutrina, existem várias formas de defini-lo e, algumas vezes é usado de forma indiscriminada. No entanto, para o presente momento, é suficiente trazer os ensinamentos de Weida Zancaner ao dizer concordar com Kelsen, afirmando assim que “uma norma jurídica é válida quando criada de acordo com os preceitos estabelecidos pelo sistema

⁵¹¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Resolução-TCU 246, de 30 de novembro de 2011. **Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002.** Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/regimento-interno-do-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>>. Acesso em: 29 dez. 2020.

⁵¹² ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos.** Temas de Direito Administrativo, vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 36.

⁵¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato Administrativo Inválido.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 17.

em que pretende se inserir”, e, assim, o conceito de validade tem o sentido inverso de invalidade⁵¹⁴.

Consubstanciando esse entendimento doutrinário, é de se perceber que o ato de registro de aposentadoria, reforma e pensão, emitido pelos tribunais de contas em apreciação à legalidade do ato originário confeccionado pelo órgão ou entidade originários, tem como intenção analisar a mencionada decisão administrativa de inativação ou de pensão junto ao plano de validade – plano de validade este que, caso possua um defeito invalidante, fará com que o fato jurídico não seja perfeito⁵¹⁵. Essa decisão administrativa tem características peculiares, tendo em vista que cria uma obrigação não para o particular, mas essencialmente para a própria Administração Pública, haja vista que a esta, após a emissão regular do ato, caberá promover a execução de um pagamento mensal de um benefício a um determinado agente, seja ele beneficiário, no caso de pensão, ou para o próprio titular, nos casos de aposentadoria ou de reforma.

Sabe-se que o ato administrativo, no que diz respeito a sua validade, deverá respeitar a devida legalidade, intimamente correlacionada com os elementos materiais e formais do ato administrativo. Como leciona Jean Rivero, a violação da lei está dentre os casos que, tradicionalmente, geram a anulação do ato⁵¹⁶. Desta feita, o ato de aposentadoria, reforma e pensão declarado inicialmente no órgão ou entidade terá a sua validade - quanto ao aspecto da legalidade-, a ser submetida ao exame dos tribunais de contas. Isso não quer dizer que o ato originário não esteja preparado para produzir efeitos, considerando que um ato administrativo lançado pela Administração Pública está dotado tanto de presunção de legitimidade quanto de veracidade – sendo a primeira presunção ligada à conformidade do ato com a lei e, a segunda, relacionada aos fatos então alegados pela Administração⁵¹⁷.

Quanto ao plano da eficácia, não há também maiores desafios que envolvam a abordagem do ato de origem aqui analisado. Os atos administrativos podem ser tanto atos jurídicos ou não, mas, ao modificarem circunstâncias jurídicas são, definitivamente “atos administrativos jurídicos ou atos administrativos com efeito jurídico⁵¹⁸”. Nesse caminho,

⁵¹⁴ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. Temas de Direito Administrativo, vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 36.

⁵¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155.

⁵¹⁶ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina. 1981. p.126.

⁵¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p. 235.

⁵¹⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7º ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 41.

considerando que o ato administrativo de aposentadoria, reforma e pensão modificou a situação do agente – mesmo que em caráter precário-, colocando-o em situação de aposentado, reformado ou, ainda, beneficiário de uma pensão, torna-se assim de fácil percepção ser ele um tipo de ato jurídico, provocador ainda de um fato jurídico.

O ato originário de aposentadoria, reforma e pensão tem essa característica peculiar, haja vista que, mesmo não tendo ainda percorrido o plano de validade, é um ato existente – deixa-se aqui nesse momento de percorrer maior detalhamento sobre eventual distinção entre perfeição e existência -, e também eficaz – isso porque é capaz de produzir um fato jurídico com todos os seus efeitos, dando origem as situações jurídicas imbuídas do devido conteúdo eficaz⁵¹⁹-.

Todavia, resta ainda um questionamento a ser respondido: já que o registro do ato de aposentadoria, reforma e pensão - então efetivado pelos tribunais de contas -, adentra no plano de validade do ato que deu origem ao benefício, examinando posteriormente a sua legalidade, esse ato inicial é, portanto, um ato válido, a ser possível, de modo subsequente ao registro dos tribunais de contas, torná-lo nulo desde a sua origem? Depreende-se do ato inicial de aposentadoria, reforma e pensão que ele foi produzido em observância à lei e, portanto, tem presunção de legitimidade e de veracidade. Isso não exime que esse mesmo ato tenha sido emitido com vício à norma, o que, por si só, justifica o controle constitucional dos tribunais de contas, ao examinar a legalidade desse ato para fins de registro. O respectivo ato inicial presume-se legal e, portanto, válido – caso presentes todos os seus elementos-, e apto a produzir os seus efeitos. Nessa linha, constata-se que a mencionada decisão originária - mesmo que futuramente tenha o seu registro negado pelo controle externo-, foi, naquele primeiro momento, eficaz e produziu os seus devidos efeitos – considerando que a o fato de um ato ser inválido nem sempre terá o poder de excluir a sua eficácia⁵²⁰.

Portanto, embora existam doutrinadores que defendam que a atuação dos tribunais de contas, ao procederem o registro do ato de aposentadoria, reforma e pensão, deve-se limitar apenas à verificação do aspecto formal e não do mérito do ato, adota-se aqui outro juízo – coligido da CF/1988 -, no caminho de que a atuação das cortes de controle externo deve ser bem mais abrangente quanto ao tema aqui em análise, para assim verificar a correição legal não

⁵¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155.

⁵²⁰ MIRANDA, Sandra Julien. **Do Ato Administrativo Complexo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1998, p. 68.

só dos requisitos de aposentação, reforma e pensão, mas também de qualquer parcela referente à remuneração do servidor, no que diz respeito à legislação de regência⁵²¹, com força jurídica verdadeira para dizer sobre a validade do ato originário, no sentido de registrar a sua licitude ou, do contrário, dizer se é ilícito.

O ato de aposentadoria, reforma e pensão, em regra, não será registrado se nele não estiver presente a legalidade, ou seja, havendo ilicitude em qualquer parte relevante de seu conteúdo, o ato é ilícito e deverá ser devolvido para a Administração para então corrigir a ilegalidade – se possível for-, para só assim ser submetido novamente ao tribunal de contas, visando o seu registro. Nesse caso, a decisão administrativa de aposentadoria, reforma e pensão – e todos os atos nele contidos -, somente será válida após o registro dos tribunais de contas. Não há se falar em convalidação do ato e preservação de efeitos retroativos por parte da Administração Pública. A ordem jurídica nesse caso será restaurada com a emissão de um novo ato e não com a convalidação do primeiro – ou seja, pela fulminação do ato viciado⁵²²-, agora não mais portador de tal ilicitude.

Com o intuito de integralizar o raciocínio jurídico, não há ainda em se falar em decadência administrativa antes do registro do ato de aposentadoria, reforma e pensão pelos tribunais de contas. A própria CF/1988 deu essa missão às cortes de contas para esse exame de legalidade da mencionada decisão, tornando assim a passagem definitiva do ato administrativo pelo plano de validade suspensa, até que ocorra o registro. Um ato, cuja análise pelo plano de validade será feita no futuro, não pode ser tomado como definitivo, enquanto esse exame não for realizado e, portanto, não há um direito integrado ao patrimônio jurídico do servidor público, no que diz respeito às parcelas originadas do ato inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

O ato somente é válido quando despachado em absoluta conformidade com os dizeres do sistema normativo⁵²³. Antes do registro do ato concessório de aposentadoria, reforma e pensão, não há se defender que o ato é plenamente legal, mas tão somente que há uma presunção de sua legalidade. Ao devolver o ato à administração para a devida correção da ilegalidade,

⁵²¹ A obra de Luiz Manoel Gomes Júnior, qual seja, “Tribunais de Contas – Aspectos Controvertidos” narra que Ives Gandra da Silva Martins defende que os tribunais de contas, ao procederem o registro do ato, deverão apenas limitar a sua análise ao aspecto formal do ato, enquanto que Márcia Maria Barreta Fernandes Semer já sustenta que esse exame realizado pelos tribunais de contas deve ser bem mais abrangente, entendimento este seguido aqui nesta pesquisa. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Tribunais de contas – aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 112.

⁵²² ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. Temas de Direito Administrativo, vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 64-65.

⁵²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 395.

conforme depreende-se do texto constitucional e, ainda, segundo indica de forma acertada o art. 262, § 2º do RITCU⁵²⁴, a autoridade poderá emitir novo ato ausente das irregularidades constatadas, para somente assim alcançar habilitação para o registro.

Desse modo, no que diz respeito à decisão administrativa originária que declarou a aposentadoria, reforma e pensão e, conseqüentemente, quanto aos atos e parcelas remuneratórias nela contidas, somente pode se falar em *coisa julgada administrativa*, capaz de atrair um prazo decadencial, após o registro do ato realizado pelos tribunais de contas. A estabilidade é uma das características da decisão administrativa que deu origem à denominada *coisa julgada administrativa*, constância esta surgida exatamente em face de a Administração, mediante um processo administrativo, ter decidido sobre o padrão de legalidade⁵²⁵. No entanto, como a legalidade do ato objeto de pesquisa será examinada em definitivo – no âmbito administrativo –, somente após a sua apreciação pelo tribunal de contas competente, pode-se concluir que, antes do ulterior registro, não existe a formação da coisa julgada administrativa, razão pela qual qualquer prazo de decadência para a anulação da decisão que concedeu aposentadoria, reforma e pensão – e de outros atos administrativos que nela constam –, somente pode começar a correr após o registro.

A Súmula Vinculante 3 do STF⁵²⁶, quando então excepciona a necessidade de se assegurar ao administrado o exercício do contraditório e da ampla defesa na apreciação da legalidade do ato inicial de aposentadoria, reforma e pensão, corrobora o espírito de que a definitividade desse ato apenas ocorre com o respectivo registro por parte do controle externo. Se o ato de registro é o que realmente constitui a inativação ou o deferimento de pensão ao beneficiário, não há necessidade de que o destinatário do ato venha a ser chamado naquele momento pelo tribunal de contas para exercer o contraditório e a ampla defesa.

Por isso, quanto ao objeto em comento, nota-se que há dois instantes, com a produção de dois atos, sendo o primeiro aquele que declarou originariamente a aposentadoria, reforma e pensão ao beneficiário, assim lançado no âmbito da Administração Pública, revestindo-se em

⁵²⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Resolução-TCU 246, de 30 de novembro de 2011. **Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002.** Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/regimento-interno-do-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

⁵²⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 71.

⁵²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante 3.** Pesquisa de Jurisprudência. 06 jun. 2007. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula739/false>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

afinidade como um mero ato administrativo, em que há uma declaração de opinião⁵²⁷, em semelhança como querem alguns a um ato condição – então subordinado a um outro ato jurídico objetivo, não sendo capaz por si próprio de constituir, em definitivo, um conjunto de direitos subjetivos⁵²⁸; e, posteriormente, o ato de registro emitido pelas cortes de controle externo, em apreciação da legalidade daquele ato original. Avigora-se novamente que o fato de o ato originário vir a ser examinado em um outro momento não o impede de ter eficácia inicial – a exemplo do que ocorre com a obtenção de medidas liminares em um processo civil-, isso por que, como já dito aqui, essa decisão originária presume-se legal e, portanto, apta à produção de efeitos.

O que se defende é, no entanto, que essa decisão inicial, por depender de confirmação da sua legalidade perante o controle externo, em obediência ao comando constitucional constante do inciso III, art. 71 da CF/1988, é uma opinião que implica em um ato declaratório – entendido como aquele que afirma a “preexistência de uma situação de fato ou de direito”⁵²⁹, cujo sistema jurídico permite que, desde a sua origem, venha então a produzir os seus efeitos financeiros, a exemplo de uma medida cautelar que se impõe, em face do caráter alimentar das parcelas oriundas da aposentadoria, reforma e pensão. Tem-se então que o ato posterior de registro é o que terá natureza constitutiva definitiva – dando origem a uma situação jurídica⁵³⁰ –, consolidando o ato emitido no âmbito da Administração Pública.

Aclarar a existência desses dois momentos faz com que se alcance interessante conclusão: a) o ato originário não possui caráter instrumental ao ato de registro, mas tão somente apresenta uma declaração de expectativa ao administrado, com efeitos antecipados; nele não há uma verdadeira “vontade”; é um “mero ato administrativo”, em que há apenas uma declaração de opinião do órgão, a ser submetida posteriormente ao controle externo – portanto, não é um ato composto -; e, ainda, se é o ato de registro que dá definitividade à inativação, que somente ocorre após a apreciação de sua legalidade pelo controle externo, não há assim formação de um único ato por meio da vontade de mais de um órgão – não há, como dito, qualquer “vontade” naquele ato originário- e, portanto, também não é complexo.

⁵²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p. 259.

⁵²⁸ DUGUIT, Leon. **Traité de Droit Constitutionnel, Tome I**, Paris, Bibliothèque nationale de France, département Philosophie, histoire, sciences de l'homme, 8-LE8-272 (A,1), 1921-1925, p. 255.

⁵²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 433.

⁵³⁰ Idem. 433.

Desse modo, considerando que qualquer prazo decadencial apenas poderá correr após o registro do ato em questão, a análise do sistema jurídico que envolve ambas decisões administrativas – e os atos e as parcelas que delas constam-, permite assim concluir que elas devem estar intimamente vinculadas, afastando o argumento de intangibilidade do ato originário por decadência administrativa, tocando ao gestor público, ao identificar uma ilicitude no pagamento de uma determinada rubrica, promover, em regra, a imediata exclusão ou correção da remuneração, extirpando a irregularidade, enquanto o ato de registro não for no futuro apreciado.

Adotar entendimento contrário é permitir que o servidor ou agente público perceba uma vantagem ilícita durante toda a sua vida pública após o transcurso do prazo de cinco anos e, somente quando do momento de sua aposentadoria ou reforma – que pode acontecer até mesmo décadas depois-, o tribunal de contas competente venha a apontar a irregularidade, para então corrigir o erro nos proventos originados do ato de aposentação, reforma ou pensão, após a constitucional apreciação da legalidade e consequente transposição do plano de validade.

A jurisprudência caminha nesse sentido, embora haja ponderações sobre o alcance da revisão administrativa das decisões que concederam vantagens de forma irregular. O Tema 445 da sistemática da repercussão geral, referente ao RE 636.553⁵³¹, fixou a tese no sentido de que os tribunais de contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade referente ao ato inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, contando-se tal prazo da chegada do processo à respectiva Corte de Contas. No entanto, é de se esclarecer que, no Voto do Relator dos autos, o Ministro Gilmar Mendes deixou evidente que, a bem da verdade, não se aplica o prazo decadencial do art. 54 da Lei 9.784/1999 aos tribunais de contas, quando esses estão examinando o ato originário de aposentadoria, reforma e pensão. O que se verificou nessa tese é que, utilizando-se do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, aplicou-se analogicamente o prazo decadencial de cinco anos para o julgamento da legalidade do ato inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, e, vencido esse prazo, ocorreria o registro tácito por parte dos tribunais de contas.

O Superior Tribunal de Justiça adota o mesmo juízo, no sentido de existir a necessidade de estabelecer um prazo para que os tribunais de contas procedam o registro do ato de

⁵³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 636.553 ED/RS**. Relator: GILMAR MENDES. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 04 fev. 2021. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4043019>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

aposentadoria, reforma e pensão, nos termos do que consta do Enunciado Administrativo N. 2/STJ, reafirmado recentemente nos autos do REsp 1.506.932-PR⁵³², tomado com fulcro na tese alimentada no Tema 445/STF, já narrado acima. Dessa maneira, nota-se que as cortes superiores vêm decidindo no caminho de privilegiar a segurança jurídica.

Destaca-se que, nos autos do RE 638.115, com repercussão geral e de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o STF decidiu por não existir qualquer amparo legal para pagamentos aos servidores públicos referentes a parcela de quintos incorporados mesmo que há mais de cinco anos, no período entre 8/4/1998 a 4/9/2001. No entanto, ainda que reconhecendo a irregularidade de tal parcela, o STF resolveu por modular os efeitos dessa decisão, determinando a manutenção do pagamento dessas vantagens até a “sua absorção integral por quaisquer reajustes futuros concedidos aos servidores⁵³³”.

Infere-se que a jurisprudência do STJ e a do STF, então colacionadas acima, ponderaram, no caso concreto, o princípio da segurança jurídica em contraposição com a longa demora que por vezes ocorre na apreciação do ato originário de aposentadoria, reforma e pensão por parte do controle externo, estabelecendo um prazo para que as cortes de contas se pronunciem, em vez de fixar um verdadeiro prazo decadencial para extinguir o Direito – o que não seria possível, tendo em vista que somente o ato de registro, como aqui defendido, tem condições de conferir definitividade ao ato de aposentadoria, reforma e pensão -, mesmo que na prática essas decisões judiciais tenham o mesmo efeito.

Não foi o objetivo dessa pesquisa analisar a regularidade específica de casos concretos e de julgados cuja segurança jurídica foi estimada em uma situação fática, como provavelmente tenha ocorrido nas decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça e da Corte Constitucional supracitadas, mas sim de demonstrar - como aqui se fez -, que os atos de aposentadoria, reforma e pensão e, conseqüentemente, as parcelas e vantagens que estão neles contidas, dependem da análise da legalidade do controle externo, para só então entrarem de modo definitivo no sistema jurídico.

⁵³² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.506.932-PR**. Relator Mauro Campbell Marques. Consulta Processual. Brasília, 02. mar. 2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201506932>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁵³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 638.115/CE**. Relator: GILMAR MENDES. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 06 dez. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4054666>>. Acesso em: 16 jan. 2021.

Julga-se assim, com as devidas vênias, em consideração à exposição dos elementos jurídicos colocados nessa pesquisa, que o entendimento firmado no Acórdão 1.424/2020-TCU-Plenário⁵³⁴ - mencionado no Capítulo III desta pesquisa-, não é o mais acertado. Isso, porque quando o citado *decisum*, ao decidir pela incidência da decadência do art. 54 da Lei 9.784/1999 no caso concreto, para então preservar decisões administrativas que concederam vantagem pecuniária ao servidor público, em razão de atos expedidos há mais de cinco anos, imprimiu assim ofensa ao sistema apresentado, haja vista que, ao final desse acórdão, definiu-se que a mencionada decisão não prejudicaria a competência de controle externo do TCU, nos termos da Lei 8.443/1992.

Ora, infere-se do conteúdo do acórdão acima que, a bem da verdade, ele distinguiu os efeitos da decisão administrativa ocorrida no âmbito da Administração Pública daqueles que surgirão do exame de registro perpetrado pelo controle externo, permitindo que esse último tenha o poder de extinguir ou modificar uma parcela irregular então percebida pelo servidor, contudo, no âmbito administrativo, isso não mais seria possível, haja vista a incidência da decadência administrativa. Tem-se que a decadência, como aqui defendido, somente pode ser operada após o registro do ato de aposentadoria, reforma e pensão. Não é demais ainda lembrar que o fato de ocorrer o registro tácito por parte do TCU não implica necessariamente na impossibilidade de revisar o conteúdo do ato. A partir do registro tácito, começaria a correr o prazo decadencial para os tribunais de contas determinarem a correção de uma parcela irregular, por exemplo.

Todavia, não se quer dizer ainda que, no âmbito do controle externo ou do Poder Judiciário, não se possa fazer ponderações de princípios, que buscam obter consonância com o sistema jurídico, sob à luz da juridicidade. A dimensão temporal é ressaltada como base da função do Direito, função esta que está relacionada com expectativas da sociedade e não de indivíduos⁵³⁵. Quando o exame da passagem do tempo, sob o aspecto da legalidade, é diferido para um outro momento, mediante determinação constitucional, entende-se grave o equívoco de decidir de modo contrário sem ao mínimo uma razão fundamentada em princípios do Direito

⁵³⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 1.424/2020-TCU-Plenário**. Relator: RAIMUNDO CARREIRO. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 03 jun. 2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 16 jan. 2021.

⁵³⁵ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad. Formação Eletrônica**. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona, Texto fornecido pela professora Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães. Versão 5.0, de 12/1/2003. p. 86.

Administrativo ou de processo administrativo, a exemplo do Princípio da Juridicidade, este com o fim nobre de concretização de direitos fundamentais⁵³⁶.

Especificamente quanto ao art. 54 da Lei 9.784/1999, que fixa o prazo decadencial de cinco anos para a Administração anular o ato administrativo àquele que lhe é favorável, é de se dizer que, mesmo ao se considerar lição de Almiro do Couto e Silva, no sentido de que tal dispositivo tenha criado uma regra e não um princípio a ser observado pelo Estado, tendo assim o próprio legislador já feito a ponderação entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica – indicando sua preferência por este último -⁵³⁷, é de se ressaltar, novamente, que firma-se nesta pesquisa pelo juízo de que tal dispositivo não se aplica inicialmente ao presente objeto, no que diz respeito ao ato de registro de aposentadoria, reforma e pensão emitido pelos tribunais de contas, considerando que há se falar em prazo decadencial somente após esse respectivo ato de registro, nos termos do que já fora exposto anteriormente.

Considerando assim que o exame do ato originário de aposentadoria, reforma e pensão será apreciado quanto a sua legalidade pelo controle externo, conforme determinação constitucional, deixando a análise da passagem definitiva pelo plano da validade do ato originário para um momento posterior, é de se concluir que esse ato – e as vantagens pecuniárias que nele se encontram-, não podem ser concedidas originariamente com um caráter peremptório em consideração a um eventual prazo decadencial, sendo possível falar em decadência administrativa do ato somente após a apreciação, para fins de registro, do ato de aposentadoria, reforma e pensão, missão constitucional atribuída aos tribunais de contas nacionais.

⁵³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. E-book. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 86

⁵³⁷ SILVA, Almiro do Couto e. **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)**. Rio de Janeiro: RDA, n. 237: 271-315, 2004. p. 20.

CONCLUSÃO

Decisões administrativas são cada vez mais submetidas ao controle da Administração Pública e ao controle social, em boa parte pelo frequente questionamento contemporâneo dos conceitos de *serviço público* e de *Direito Administrativo*, sendo que a remuneração dos servidores e dos agentes públicos, cujos maiores detalhes eram antes desconhecidos da maioria da população, hoje é de mais fácil acesso, razão pela qual erros e irregularidades que causam prejuízos ao erário são veementemente rechaçados pela coletividade e, conseqüentemente, pela própria máquina pública.

Nessa linha, a pesquisa adentrou sobre um tema específico acerca da regularidade das decisões administrativas, qual seja, o exame da licitude de atos decisórios proferidos pela própria Administração, referentes às parcelas que conferem vantagens pecuniárias ao agente público, mais precisamente acerca daquelas que nascem dos atos de aposentadoria, reforma e pensão, que serão posteriormente analisados pelo controle externo financeiro, para fins de registro.

Embora a Administração Pública brasileira venha se profissionalizando em um ritmo acelerado, seja mediante a obtenção de melhores estruturas administrativas ou pela realização de concursos públicos, erros nas folhas de pagamentos dos diversos entes da federação ainda são mais comuns do que se imagina, pelos mais distintos motivos, cujos aspectos fáticos específicos quanto a esses erros escaparam aqui de uma análise mais detalhada. Porém, durante a pesquisa, foi possível carrear elementos que despertam para uma indesejada decisão administrativa irregular, que venha a permitir, de modo ilícito, a percepção de vantagens pecuniárias aos servidores públicos.

O trabalho percorreu então os basilares aspectos que abrangem o ato que deu origem à decisão administrativa referente às vantagens e parcelas remuneratórias de modo ilícito aos servidores ativos e inativos, evidenciando características jurídicas relacionadas à eventual estabilidade desses mesmos atos decisórios, destacando alguns casos concretos a envolver assuntos que se avultam no Direito, principalmente aqueles relacionados a princípios da ciência jurídica, com realce para o Princípio da Legalidade e todos os principais questionamentos contemporâneos sobre o seu alcance, além de apresentar temas relacionados ao transcurso do tempo, tanto de direito material como formal.

Revelou-se a necessidade dessa pesquisa em face do problema de, frequentemente, existir um verdadeiro desacerto entre o ato administrativo originário – e as decisões administrativas nele contidas, que então concederam vantagens remuneratórias aos servidores -, que então declarou aos agentes públicos aposentadoria, reforma ou pensão e a prospectiva apreciação da legalidade desse ato - por parte do controle externo -, para fins de registro, isso porque, como se viu, existem situações fáticas que promovem atuações diversas entre aquelas adotadas no âmbito administrativo e as que virão ser abraçadas pelos tribunais de contas.

Esse modo de agir do controle externo, exercido por parte dos tribunais de contas, conforme sua missão constitucional, por vezes é questionado por parte da doutrina e de operadores do Direito, os quais alegam que a atuação do controle externo está muito vinculada à letra fria da lei, ou, até mesmo como quer alguns, os tribunais de contas, declarando um ensejo por zelo aos gastos oriundos do erário, acabariam por proferir decisões em desconformidade com a lei, eventualmente extrapolando as suas competências, ou, ainda, em substituição ao legislador ou ao Poder Judiciário.

Considerando todos esses elementos, fez-se de frente com o objetivo da pesquisa, qual seja, comprovar a relevância da manutenção de um controle efetivo dos gastos da administração pública, no que diz respeito às decisões administrativas irregulares que concederam parcelas ou vantagens remuneratórias aos servidores públicos, especificamente quanto aos atos de aposentadoria, reforma e pensão, originariamente expedidos e declarados pelo órgão ou entidade, os quais serão posteriormente enviados para os tribunais de contas para fins de registro, após apreciação da respectiva legalidade.

O objetivo específico da pesquisa foi demonstrar então a existência desses dois momentos que envolvem o ato de aposentadoria reforma e pensão, produzindo ao final uma correlação jurídica entre eles, em solução ao problema de pesquisa, que versa sobre demonstrar a existência ou não de um vínculo entre o ato emitido pelo gestor público e aquele oriundo do registro produzido pelos tribunais de contas, entregando ao final os resultados da análise dessa relação.

Para tanto, adotou-se como metodologia para a solução do problema ampla pesquisa bibliográfica doutrinária, oriunda de livros físicos, digitais e de artigos, e, ainda, de jurisprudência e de legislação referentes aos casos concretos levantados, entregando ainda, quando pertinente, uma análise crítica sob à luz do sistema jurídico, em utilização predominante do método hipotético-dedutivo, onde as hipóteses foram testadas considerando pontos de vistas

normativo-jurídicos, conferindo ao fim solução científica sobre os temas apresentados na dissertação, possibilitando resposta coerente para o problema de pesquisa mencionado.

A pesquisa então apresentou os principais temas referentes à possibilidade de alteração de um ato no campo do processo administrativo, buscando evidenciar quando as decisões administrativas podem ou não atingir alguma estabilidade ou alcançar a imutabilidade, mesmo que tenham sido expedidas mediante um ato administrativo inválido, com o olhar para aqueles atos ilícitos que concederam parcelas e remunerações aos agentes públicos beneficiários de aposentadoria, reforma e pensão, estabelecendo sempre que possível uma relação com o ato de apreciação para fins de registro dessas mesmas decisões administrativas, elaborado pelos tribunais de contas.

Iniciou-se o trabalho, já no primeiro capítulo, com a demonstração da conexão entre alguns princípios basilares do Direito Administrativo, essenciais para o desenvolvimento da pesquisa. Foi possível apresentar um estudo contemporâneo – no que tange aos objetivos da pesquisa-, sobre os Princípios da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, da Segurança Jurídica, da Legalidade/Juridicidade e da Indisponibilidade do Interesse Público, correlacionando-os com aspectos da decisão administrativa irregular, com o escopo de buscar elementos para a produção de um ato administrativo decisório livre de vícios e ilicitudes.

O primeiro capítulo foi essencialmente necessário para alertar que o Direito Administrativo, embora compartilhe de algumas características comuns aos outros ramos epistemológicos do Direito, possui características principiológicas singulares. E, assim, foi possível avançar para o segundo capítulo, progredindo para a apresentação de institutos de direito material - a prescrição e decadência-, e, por fim, a preclusão administrativa – esse um instituto relacionado ao direito processual-, cujo exame abordou a relação deles com a correspondente importação conceitual do Direito Civil para o Direito Administrativo, ocasionando algumas dificuldades aparentes em sua aplicação no âmbito da Administração Pública, principalmente na dificuldade existente em se distinguir decadência de prescrição, fazendo surgir equívocos de interpretação com o potencial de produzir decisões administrativas irregulares, infligindo prejuízos ao erário.

No entanto, o dano ao erário provocado por uma decisão administrativa irregular pode e deve ser evitado ou, pelo menos, minimizado. Por esta razão, já no curso do terceiro capítulo, o tema foi colocado sob à luz do controle *lato sensu* da Administração Pública, com a finalidade de que decisões administrativas irregulares que concederam vantagens ilícitas aos servidores

públicas sejam controladas de forma mais efetiva, apresentando o uso do Princípio da Juridicidade como um verdadeiro instrumento que visa a atender essa intenção de produzir uma decisão escoreta, oferecendo ainda, no decorrer do capítulo, elementos presentes no controle incidental no âmbito do Poder Judiciário e a sua eventual utilização na Administração Pública, destacando assim a possibilidade de emprego desse controle no campo do controle externo.

Esses controles atualmente, embora estejam passando por constantes aperfeiçoamentos, não são capazes de prevenir a totalidade dos erros administrativos e, portanto, atos que concedem vantagens remuneratórias ilícitas aos agentes públicos são expedidos com certa frequência, conforme pode ser observado em entendimentos contemporâneos do TCU citados nessa dissertação. Devido a isso, o exame do tema se concentrou especificamente na decisão administrativa irregular originária, que declarou aposentadoria, reforma e pensão no âmbito do órgão ou da entidade – e as decisões acerca de vantagens remuneratórias que nela se encontram, a qual posteriormente será enviada ao controle externo, para fins de registro.

Nessa esteira, revelou-se o quarto e último capítulo dessa pesquisa, mediante o qual a decisão administrativa originária foi ponderada em correspondência com o ato de registro efetivado pelos tribunais de contas – ao examinar a legalidade de aposentadorias reformas ou pensões-, tendo sido trabalhado inicialmente o conceito de *coisa julgada administrativa*, em face de sua questionada existência, sendo crível a constatação da necessidade de utilização de tal termo no âmbito específico do Direito Administrativo, bem como de se estabelecer um vínculo entre essa denominada coisa julgada e o devido processo administrativo no campo de atuação dos tribunais de contas.

Neste último capítulo, concluiu-se que, à luz do que determina a Constituição Federal a doutrina e o sistema jurídico, que o ato de aposentadoria, reforma e pensão somente ganha definitividade em um segundo momento, com o respectivo registro do controle externo, não existindo verdadeira vontade no ato originário que primeiramente declarou a inativação ou a pensão ao beneficiário. Portanto, esse ato não possui natureza de ato composto; nem de ato complexo. Houve, por fim, a prevalência da hipótese que indica a existência de um alinhamento entre os efeitos do ato originário administrativo que declarou a reforma, aposentadoria e pensão ao respectivo beneficiário e aqueles que serão submetidos ao registro pelos tribunais de contas, principalmente quanto à regularidade das parcelas pagas aos servidores em virtude de benefícios pecuniários.

Não se pode admitir que - como uma das hipóteses então aventada no início da pesquisa -, exista total independência entre os dois atos, considerando que o segundo ato será aquele que terá a sua passagem submetida ao plano da validade, após o registro da decisão pelo controle externo. Desse modo, utilizando-se de todo o ferramental teórico e jurisprudencial apresentado, impõe-se por conclusão a necessidade de que o ato administrativo produzido no âmbito da Administração Pública, que concedeu uma parcela irregular ao servidor público seja, em regra, imediatamente corrigido, isso porque tais vantagens alcançam estabilidade constitucional apenas no futuro, após o exame da legalidade dos vencimentos no ato de registro de aposentadoria, reforma e pensão, cuja missão é atribuída ao controle externo pela CF/1988. Evidentemente, situações específicas merecem ser assim tratadas não somente pelo gestor, mas também pelo Poder Judiciário e pelos próprios tribunais de contas, os quais, em alguma medida, podem e devem ponderar princípios em casos concretos – a exemplo dos princípios da juridicidade e da segurança jurídica, que foram amplamente aqui trabalhados-, em face da busca pela concretização de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXYY, Robert. **Sobre la ponderación y subsunción**. Una comparación estructural. In Foro Jurídico; Núm. 09 (2009); 40-48; 2414-1720; Castilian.

_____. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação dos direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. Tradutor: Dr. Luís Afonso Heck (Professor na UFRGS e ULBRA). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, p. 59-60, jul./set. 1999.

ALBERT, Hans. **Tratado da Razão Crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro LTDA. 1978.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. II. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2016.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis** in Revista dos Tribunais, vol. 920, 2012.

_____. **Ronald Dworkin e a sua contradição majoritária** in Consultor Jurídico (<https://www.conjur.com.br>), 23 de fevereiro de 2014.

_____. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”** in Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008.

AMORIM FILHO, Agnelo. **Do Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e Identificar as Ações Imprescritíveis**. In RT 300/7, São Paulo: RT, 1960.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A fundamentação do acto e o procedimento administrativo**. Centralidade ou periferia da fundamentação, In: Revista do Ministério Público. Ano 20. Janeiro-Março. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1999.

_____. **A teoria do acto e a justiça administrativa: o novo contrato natural**. Coimbra: Almedina, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Teoria Geral dos Atos Administrativos – Uma releitura à luz dos novos paradigmas do Direito Administrativo**. Organizadores: Odete Medauar e Vítor Rhein Schirato (Os Caminhos do Ato Administrativo). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **O código de processo civil e a crise processual**. Revista de Direito Administrativo, n. 187, p. 37-47, jan-mar, 2001.

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. Disponível em: <<https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/06/PEC-22-2017.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2020.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. Ed., São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda. Madri/España: Centro de Estudios Constitucionales. 2003.

_____. **O Argumento de Autoridade no Direito**. Tradução de André Rufino do Vale. Itajaí: Revista Novos Estudos Jurídicos. v. 17, n. 2, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio do Interesse Público sobre o Particular”**. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, MARTINS, Ricardo Marcondes. **Ato administrativo e procedimento administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Relatividade da Competência Discrecional**. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional. Num. 8, 2004.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da preclusão processual civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Normatividade dos Princípios e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988**. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2007.

_____. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, nº 15, janeiro/fevereiro/março de 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 240, abr/jun 2006.

_____. E-book. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Súmula Vinculante nº 3 do STF: reflexões críticas sobre a teoria dos atos complexos e compostos, e o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa**. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes et al (coords.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ. Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONFIM, Alberto. **O processo administrativo – comentários, rotina e modelos de atos oficiais**. 5ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A., 1956.

BORDALO, Rodrigo. **Servidores Públicos: Lei 8.112/1990 (Coleção soluções de Direito Administrativo: Leis Comentadas. Série I: administração pública; volume 4**. Irene Patrícia Nohara, Fabrício Motta, Marco Praxedes, coordenação). São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Ed. DIFEL, Portugal, 1989.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 24 de janeiro de 1967. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 24 nov. 2020.

_____. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 fev. 2019.

_____. DECRETO-LEI Nº 20.912, de 6 de janeiro de 1932. **Regula a prescrição quinquenal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103, de 12 de novembro de 1988. **Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias**. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. LEI COMPLEMENTAR Nº 101, de 04 de maio de 2000. **Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

_____. LEI Nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. Lei 4.717, de 29 de junho de 1965. **Regula a ação popular**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 09 jul. 2020.

_____. LEI Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. LEI Nº 8.443, DE 16 DE JULHO DE 1992. **Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm#>. Acesso em: 05 dez. 2020.

_____. LEI Nº 8.911, de 11 de julho de 1994. **Dispõe sobre a remuneração dos cargos em comissão, define critérios de incorporação de vantagens de que trata a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no âmbito do Poder Executivo, e dá outras providências.** Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8911.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8911.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2020.

_____. LEI Nº 9.784, de 20 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 09 fev. 2020.

_____. LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 jan. 2020.

_____. LEI Nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 24 dez. 2019.

_____. LEI Nº 13.024, de 26 de agosto de 2014. **Institui a gratificação por exercício cumulativo de ofícios dos membros do Ministério Público da União e dá outras providências.** Disponível em: <[in.gov.br/web/dou/-/lei-n-13-024-de-26-de-agosto-de-2014-30163548](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2014/lei/l13024.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2020.

_____. LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 mai. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart, OLIVEIRA, Vitória Cristina. **Constitucionalização do Direito Administrativo e a Sindicabilidade do Ato Discricionário.** Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 1, 2016.

CANARIS, Claus-Willhelm. **Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANÇADO JÚNIOR, Hazenclever Lopes. **Modulação de Efeitos no Controle Incidentar e o Controle de Políticas Públicas.** In: Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e Experimentalismo Institucional. MENDES, Gilmar Ferreira/Organizadores: Gilmar Ferreira Mendes e Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch. Brasília: IDP, 2012.

CAPEZ, Fernando, CAPEZ, Flavio. **Insegurança jurídica: o mal do século XXI**. GERMANOS, Paulo André Jorge (coordenador), *In: Segurança Jurídica: coletânea de textos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CARVALHO, Anísio Astério Contreiras de. **Estatuto dos funcionários públicos interpretado**. Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____. E-book. **Processo administrativo federal: comentários à lei nº 9.784/1999, de 29.1.1999**. 5. ed. rev., ampl. e atual. até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Volume I – Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2017.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Princípio da Legalidade e Desvio de Poder**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial, dez. 2013.

_____. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938.

CHICOSKI, Davi. **A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico**. Revista Digital de Direito Administrativo. Vol. 3, n. 1, 2016.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. Disponível em: <<http://www.cpc.org.br/CPC/CPC/Conheca-CPC>>. Acesso em 28 nov. 2020.

COSTA, Gustavo Vidigal. **O Planejamento do Estado e o Papel Fiscalizatório dos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

COSTA, Nelson Nery. **Processo administrativo e suas espécies**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Sérgio. **Desigualdades, interdependência e políticas sociais no Brasil**. In: Implementando desigualdades: reprodução de desigualdades na implementação de políticas públicas / Roberto Rocha C. Pires Organizador. - Rio de Janeiro: Ipea, 2019.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo do Brasil: apresentação do Direito Administrativo**. Vol. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

_____. **Fundamentos do Direito Administrativo**. São Paulo: Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 1977.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e Argumentação no Direito**. Curitiba: Editora CRV, 2014.

_____. **Segurança Jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo e segurança jurídica**. GERMANOS, Paulo André Jorge (coordenador), *In: Segurança Jurídica: coletânea de textos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DAVIES, Nicholas. **Tribunais de contas e educação: quem controla o fiscalizador dos recursos?** Brasília: Plano Editora, 2001.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006.

DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **A juridicidade administrativa contrária a direitos fundamentais no processo administrativo sancionador: uma relativização inconstitucional do Princípio da Legalidade**. Revista da AGU, jul./set. 2016. v. 15, n. 03.

_____. **Processo administrativo: Lei 9.784/99**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DEZAN, Sandro Lúcio. **Fundamentos de Direito Administrativo disciplinar**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

DEZAN, Sandro Lúcio; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto; GUIMARÃES, Jader Ferreira. **A administração pública concretista de direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes, 2019.

DEZAN, Sandro Lúcio; MARTINS, Jader Ferreira. **Elementos epistemológicos de processo administrativo disciplinar**. Belo Horizonte: Arraes, 2019.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da constitucionalização do Direito Administrativo – Reflexos sobre o Princípio da Legalidade e a discricionariedade administrativa**. **Atualidades Jurídicas**: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012 (digital).

_____. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

DUGUIT, Leon. **Traité de Droit Constitutionnel, Tome I**, Paris, Bibliothèque nationale de France, département Philosophie, histoire, sciences de l'homme, 8-LE8-272 (A,1), 1921-1925.

DWORKIN, Ronald. **Es el derecho un sistema de reglas? Versión Castellana de Javier Esquivel e Juan Rebolledo G. Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Nacional Autónoma de México**, 1977.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de, FERNANDES, Tomas Ramon. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1990.

_____. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I, 16. Ed. ed. Madrid: Civitas, 2013.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado**. Revista Española de Derecho Administrativo, n. 89, 1996.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7º ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado de Direito e Devido Processo Legal**. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, Rio de Janeiro, 209, 1997.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. E-book. **Novo curso de Direito Civil v. 1: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

G1 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/justica-nega-inconstitucionalidade-e-mantem-leis-aprovadas-pela-cldf.ghtml>>. Acesso em 02 set. 2019.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 16. ed. revista, ampliada, revista e atualizada. São Paulo: Atalhas, 2012.

GICO JR., Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

_____. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Economic Analysis of Law Review, Brasília, 1, Jan-Jul 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Domesticando o Leviatã: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional**. Brasília: edição do autor, 2013.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Tribunais de contas – aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GORDILLO, Agustín A. **Tratado de derecho administrativo, 2. tomo: La Defensa Del Usuario Y Del Administrado**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo. 2003.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo – El acto administrativo – TOMO 3**. 8ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2004.

GUIMARÃES, Carlos da Rocha. **Prescrição e decadência**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieri. **Controle difuso-incidental de constitucionalidade: capitalização nos contratos bancários**. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

HABA, Enrique P. **Racionalidad y método para el derecho: es so posible**. Vol. 1. DOXA, 1990.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAURIOU, André. **A utilização em Direito Administrativo das regras e princípios do direito privado**. Tradução de Paulo da Mata Machado. Revista do Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1945. f. I. fasc.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JOSÉ DOS REIS, Wanderley. **Controle de Constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. E-book. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional in Jurisdição constitucional**, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura Del Derecho**. Traducción de la segunda edición en alemán, por ROBERTO J. VERNENGO. 2ª reimpressão. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. 1982.

KOETZ, Eduardo. E-book. **Direito internacional previdenciário na era pós globalização**. Simplíssimo (edição digital) 2016.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **Entre Lei e Constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v. 260, 2012.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do Direito Civil**. 4. ed. – atualizada pelo juiz José de Aguiar Dias -, Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LEIRNER, Piero C. **As Políticas Públicas Segundo a Antropologia**. In: Marques, E. & Faria, C. A. P. A política pública como campo disciplinar, Editora Fiocruz/Editora UNESP, RJ/SP, 2013.

LEITE, Fábio Carvalho. **Controle de Constitucionalidade: aspectos controversos**. Curitiba: Juruá, 2015.

LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H. **Separation of Parties, not Powers in** Harvard Law Review, vol. 119, n. 8, jun/2006.

LIMA, Luiz Henrique. E-book. **Teoria e jurisprudência para os tribunais de contas**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LIMA, Ruy Cirne. **Direito Administrativo e Direito Privado. Ato administrativo e ato jurídico privado. Domínio público e propriedade privada**. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1951. v. 26.

_____. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LINDER, Stephen H. e Peters Guy. **An Institutional Approach to the Theory of Policymaking: The Role of Guidance Mechanisms in Policy Formulation**. Sage Publications: Journal of Theoretical Politics, 1990.

LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da boa-fé e decisão administrativa**. Coimbra: Almedina, 2011.

LUHMANN, Niklas. **El derecho como sistema social**. In: DIEZ, Carlos Cómez-Jara (Ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005.

_____. **El derecho de la sociedad**. Formatação Eletrônica. João Protásio Farias Domingues de Vargas e Marjorie Corrêa Marona, Texto fornecido pela professora Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães. Versão 5.0, de 12/1/2003.

_____. **Introducción a La Teoría de Sistemas**. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana. Biblioteca Francisco Xavier Clavigero. 1996.

MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo alemão**. (Vinculação à Lei, Poder Discricionário e Conceitos Jurídicos Indeterminados). São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MAGALHÃES FILHO, Inácio. **Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público. 3. ed. rer., ampl. e atual.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **O Direito Administrativo moderno**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes, BURLE FILHO, Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. E-book. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEGALE, José Guimarães. **Contribuição à teoria do processo administrativo**. Revista de Direito Administrativo RDA. 1945. v. 2, n. 2.

MIRANDA, Sandra Julien. **Do Ato Administrativo Complexo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1998.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/99**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOTTA, Fabrício, NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, parte geral – vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NAGEL, José. **A fisionomia distorcida do controle externo**. Brasília: Revista do TCU, v. 31, n. 86, out/dez, 2000.

NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle Difuso de Constitucionalidade: uma análise a partir do Caso Marbury versus Madison e da judicial review**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

NAVARRA COELHO, Sacha Calmon. **Segurança Jurídica e Mutações Legais**. Disponível em: <<https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Seguranca-Juridica-e-Mutacoes-Legais.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

NEVES, Gustavo Kloh Müller. **Prescrição e Decadência no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011; e SUNDFELD, Carlos Ari. **O processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia, MOTTA, Fabrício, PRAXEDES, Marco. **Coleção soluções de Direito Administrativo: Leis Comentadas. Série I: administração pública; volume 10. LINDB no Direito Público**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. Coleção Temas de Direito Administrativo, vol. 16. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Ocimar Barros de. **Processo administrativo e democracia participativa**. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

PONDÉ, Lafayette. **Controle dos Atos Administrativos**. Rio de Janeiro, v. 212, Revista de Direito Administrativo, abr./jun, 1998.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 22, DE 2017. p. 14. Disponível em: <<https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/06/PEC-22-2017.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Revogação e Anulamento do Ato Administrativo**. 1ª ed. Rio: Forense, 1968

RIBAS, Carolinne Leal, CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli. **O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. Rio de Janeiro, v. 268, Revista de Direito Administrativo, jan./abr., 2012.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina. 1981.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo FGV, Rio de Janeiro, 209, jul/set, 1997.

RODRIGUES, João Gaspar. **Publicidade, transparência e abertura na administração pública**. Rio de Janeiro: RDA – Revista de Direito Administrativo, 2014, v. 266.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação ex officio do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Procedimento Administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARTORI, Giovanni. **Homo videns: televisão e pós-pensamento**. Tradução de Antônio Angonese. Bauru, São Paulo: Edusc, 2001.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoria general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SCHMIDT, Jan Peter. **Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”**. Belo Horizonte: Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, versão digital, ano 3, n. 5, jan./abr.

SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015.

_____. **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)**. Rio de Janeiro: RDA, n. 237: 271-315, 2004.

_____. **Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos**. Rio de Janeiro: RDA, n. 204, 1996.

SOARES, Marco Antônio Striquer. **O princípio constitucional da publicidade e propaganda do Governo**. Revista Jurídica da UniFil, Ano IV – nº 4, (digital), 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato Administrativo Inválido**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Direito Administrativo Para Céticos**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

_____. **Fundamentos de Direito Público**. 4º ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 129.718 - PE**. Relator: Olindo Menezes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 10 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

_____. **Mandado de Segurança nº 19.579 - DF**. Relator: Mauro Campbell Marques. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 06 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

_____. **Súmula 85**. Brasília, 18/6/1993. < <https://scon.stf.jus.br/>>. Acesso em 10/11/2020.

_____. **Recurso Especial nº 1.506.932-PR**. Relator Mauro Campbell Marques. Consulta Processual. Brasília, 02. mar. 2021. Disponível em: < <https://processo.stf.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201506932>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Originária nº 1.773/DF**. Relator: LUIZ FUX. Pesquisa de Jurisprudência, Brasília, Brasília, 26 de novembro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339125545&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2020.

_____. **Embargos de Declaração no Recurso Ordinário nº RMS 30576 ED/DF**. Relator: Dias Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 06 nov.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

_____. **Mandado de Segurança 23.262 Distrito Federal**. Relator: Alexandre de Moraes. Pesquisa de Jurisprudência, Brasília, 15 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28MS+E+MO+RAES+E+DJE%2D018%29%2835410%2ENUME%2E+OU+35410%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/r967zul>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

_____. **Mandado de Segurança nº 25.097 - DF**. Relator: Gilmar Mendes. Pesquisa de Processos, Brasília, 05 mai. 2017. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2250176>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. **Mandado de Segurança nº 28.279/DF**. Relatora: ELLEN GRACIE. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 16 dez. 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3766866>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. **Recurso Extraordinário 610.503 Sergipe**. Relator: Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Brasília, 14 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 03 set. 2020.

_____. **Recurso Extraordinário nº 636.553**. Relator: Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 19 fev. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. **Recurso Extraordinário nº 638.115/CE**. Relator: GILMAR MENDES. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 06 dez. 2020. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4054666>>. Acesso em: 16 jan. 2021.

_____. **Súmula Vinculante 3**. Pesquisa de Jurisprudência. 06 jun. 2007. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula739/false>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

_____. **Súmula n. 347**. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=347.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

TÁCITO, Caio. **O Princípio de Legalidade: Ponto e Contraponto**. *Revista de Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1996, Rio de Janeiro.

_____. **Transformações do Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, 1998.

TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. **O controle das aposentadorias pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público**. São Paulo: LTR, 1985.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 2.024/2005-TCU-Plenário**. Relator: Auditor Lincoln Magalhães da Rocha. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, Brasília, 23 nov. 2005. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

_____. **Acórdão 1.078/2013-TCU-Plenário**. Relator: Benjamin Zymler. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, Brasília, 08 mai. 2013. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. **Acórdão 225/2020-TCU-Plenário**. Relator: MARCOS BEMQUERER. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 05 fev. 2020. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

_____. **Acórdão 1.424/2020-TCU-Plenário**. Relator: RAIMUNDO CARREIRO. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Brasília, 03 jun. 2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. **Resolução-TCU 246, de 30 de novembro de 2011**. Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/regimento-interno-do-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>>. Acesso em: 29 dez. 2020

_____. **Súmula nº 249**. Relator: GUILHERME PALMEIRA. Pesquisa de Jurisprudência, Súmulas, Brasília, 09 mai. 2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/->>>. Acesso em: 22/12/2020.

TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil**. Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 2009.

VALIM, Rafael. **O princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral vol. 1**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O dever de fundamentação expressa do acto administrativo**. Lisboa: Almedina, 2007.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

WALDRON, Jeremy. **A Essência da Oposição ao Judicial Review**. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Tradução: Adauto Vilela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Mármora. **O princípio da motivação no processo administrativo**. FIGUEIREDO, Lucia Valle (coordenadora), *In*: Ato Administrativo e Devido Processo Legal. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. Temas de Direito Administrativo.

ZANOBINI, Guido. **Corso Di Diritto Amministrativo**. Volume Primo. L'Ordinamento Amministrativo in Generale. Milano: Editore Dott. A. Giuffrè, 1936 – XIV.