



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

ANA PAULA SAMPAIO SILVA PEREIRA

SEGURANÇA JURÍDICA E DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO: um estudo acerca da realização da segurança jurídica administrativa por meio da aplicação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, a partir da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 24.781/DF e 25.116/DF

**BRASÍLIA-DF
2014**

ANA PAULA SAMPAIO SILVA PEREIRA

SEGURANÇA JURÍDICA E DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO: um estudo acerca da realização da segurança jurídica administrativa por meio da aplicação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, a partir da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 24.781/DF e 25.116/DF

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado, área Direito e Políticas Públicas, do Centro Universitário de Brasília, como requisito final à concessão do título de Mestre em Direito e Políticas Públicas.

Orientador: Professor Doutor Luís Carlos Martins Alves Jr.

BRASÍLIA-DF
2014

Pereira, Ana Paula Sampaio Silva.

Segurança jurídica e devido processo legal administrativo: um estudo acerca da realização da segurança jurídica administrativa por meio da aplicação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, a partir da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 24.781/DF e 25.116/DF.

Ana Paula Sampaio Silva Pereira – Brasília, 2014.

183 f.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento, 2014.

Orientador: Professor Doutor Luís Carlos Martins Alves Jr.

1. 1. Direito Constitucional. 2. Direito Administrativo. 3. Segurança Jurídica. 4. Processo Administrativo. 5. Tribunal de Contas da União e Supremo Tribunal Federal.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Ana Paula Sampaio Silva Pereira

Título: **Segurança jurídica e devido processo legal administrativo**: um estudo acerca da realização da segurança jurídica administrativa por meio da aplicação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, a partir da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 24.781/DF e 25.116/DF.

Dissertação apresentada como requisito para conclusão do curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília.

Aprovada em: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr.
Orientador

Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes
Examinador Interno

Prof. Dr. Igor Mauler Santiago
Examinador Externo

AGRADECIMENTOS

Á Deus, pelas pessoas e oportunidades que colocou no meu caminho, que me permitiram chegar até aqui.

Ao professor Dr. Luis Carlos Martins Alves Jr., com quem partilho o mérito pelo resultado deste trabalho, pela valiosa orientação desde o pré-projeto e por sua admirável disponibilidade e dedicação aos seus orientandos.

Aos meus familiares, especialmente aos meus pais, Paulo e Sandra, por seu amor e dedicação; por me mostrarem os valores que realmente importam na vida; por me ensinarem que nada tem sentido se não tivermos objetivos e que para alcança-los é preciso ter foco, compromisso e dedicação; por me darem espaço para escolher meus próprios caminhos, ciente de que teria de arcar com as consequências das minhas escolhas e ao mesmo tempo segura de que poderia contar com seu apoio incondicional.

Ao Alexandre, meu marido, namorado, amigo e grande companheiro nos momentos mais importantes da minha vida, por me incentivar a crescer profissionalmente durante todos esses anos, por me fazer feliz a cada dia, por me completar e por partilhar minhas alegrias e angústias.

Aos amigos e colegas de trabalho, especialmente ao André, por me incentivar a ingressar no mestrado e por dedicar seu tempo aos nossos debates e à revisão desta dissertação.

Aos funcionários do Uniceub e da biblioteca do TCU, por atenderam com presteza e eficiência às minhas demandas.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo discorrer sobre a realização da segurança jurídica no processo administrativo, tendo como foco a aplicação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, a partir do exame dos julgamentos dos Mandados de Segurança ns. 24.781/DF e 25.116/DF. Primeiro apresenta os precedentes judiciais, nos quais o Supremo Tribunal Federal (STF) – que, até então, negava a existência de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) bem como o direito de participação dos beneficiários nos processos de controle externo que tratam de concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões – reviu sua jurisprudência. Ao julgá-los, o STF decidiu que, em respeito à segurança jurídica, se o TCU demorar mais de cinco anos para apreciar a concessão, deverá assegurar ao interessado o contraditório e a ampla defesa quando a decisão puder causar-lhe prejuízo. Em seguida o estudo analisa os argumentos jurídicos e os fundamentos normativos utilizados nos julgados sob as luzes do princípio da segurança jurídica. Feito isso, investiga a dogmática dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, a fim de verificar em que medida eles foram prestigiados nos casos concretos examinados. Conclui que o novo entendimento do STF, embora represente uma evolução em relação à jurisprudência anterior, não se amolda ao real sentido dos referidos princípios processuais e, com isso, não promove a segurança jurídica tal qual se propõe a fazer.

Palavras-Chave: 1. Direito Constitucional. 2. Direito Administrativo. 3. Segurança Jurídica. 4. Processo Administrativo. 5. Tribunal de Contas da União e Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This study aims to talk about the legal certainty in the administrative procedure, focusing the application of the principles of *audi alteram partem*, full defense and the reasonable duration of the process from the analysis of the judgments of Security Warrants ns. 24.781/DF and 25.116/DF. First it presents the judicial precedents, in which the Brazilian Supreme Court (STF) – who until then denied the existence of a deadline for the Brazilian Federal Court of Accounts (TCU) action and the right of beneficiaries participate in the administrative control process of their initial grant of retirement, military retirement and pension acts – changed its jurisprudence. Judging them, the STF decided that, in respect to the legal certainty, when the TCU takes more than five years to appreciate these concessions garants their beneficiaries have the right to be heard before the decision if it could adversely affect them. After that this work analyzes the legal arguments and the normative reasons used in that mandamus focusing the legal certainty principle application. Then it investigates the theory about the principles of *audi alteram partem*, full defense and the reasonable duration of the process in order to check if they were really respected by the STF decisions. The study concludes that although the new jurisprudence of the Supreme Court represents an evolution in comparison with the previous case law, it doesn't respect the real meaning of those procedural principles and thereby doesn't implement the principles of legal certainty how it wants to do.

Keywords: 1. Constitutional Law. 2. Administrative Law. 3. Legal Certainty. 4. Administrative Process. 5. Brazilian Federal Court of Accounts and Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
Capítulo 1 – OS MANDADOS DE SEGURANÇA NS. 25.116/DF e 24.781/DF: ESTUDO DOS CASOS.....	35
1.1 O julgamento do Mandado de Segurança n. 25.116/DF.....	40
<i>1.1.1 Voto do Ministro Ayres Britto</i>	<i>41</i>
<i>1.1.2 Debates Oraís após o Voto do Relator</i>	<i>46</i>
<i>1.1.3 Voto do Ministro Gilmar Mendes</i>	<i>47</i>
<i>1.1.4 Debates Oraís após o Voto do Ministro Gilmar Mendes.....</i>	<i>53</i>
<i>1.1.5 Voto da Ministra Ellen Gracie</i>	<i>56</i>
<i>1.1.6 Voto do Ministro Cezar Peluso</i>	<i>59</i>
1.2 O julgamento do Mandado de Segurança n. 24.781/DF.....	64
<i>1.2.1 Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes.....</i>	<i>65</i>
<i>1.2.2 Debates após o voto do Ministro Gilmar Mendes.....</i>	<i>67</i>
Capítulo 2 - ANÁLISE DOS JULGADOS SOB AS LUZES DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	69
2.1 A segurança jurídica e a solução adotada pelo STF	69
<i>2.1.1 Fundamentação do princípio no ordenamento jurídico brasileiro.....</i>	<i>69</i>
<i>2.1.2 Distinção terminológica: segurança jurídica X proteção à confiança.....</i>	<i>72</i>
<i>2.1.3 Análise da coerência entre as decisões do STF e os respectivos fundamentos</i>	<i>78</i>
2.2 Análise dos julgados a partir do magistério doutrinário de Humberto Ávila	84
2.2.1 <i>Delimitação conceitual</i>	84
2.2.2 <i>Conteúdo da segurança jurídica (objetiva e subjetiva) em perspectiva dinâmica ..</i>	<i>91</i>
2.2.2.1 <i>Dimensão Objetiva: intangibilidade das situações individuais por questões objetivas</i>	<i>93</i>
2.2.2.2 <i>Dimensão Subjetiva: intangibilidade das situações individuais por questões subjetivas</i>	<i>97</i>
2.2.3 <i>Eficácia normativa da segurança jurídica: sua relação com o contraditório, com a ampla defesa e com a razoável duração do processo e o problema da hierarquia dos princípios.....</i>	<i>106</i>
2.2.4 <i>Confronto dos julgados com a teoria de Humberto Ávila</i>	<i>113</i>

Capítulo 3 – ANÁLISE DOS JULGADOS SOB AS LUZES DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....	118
3.1 Os princípios constitucionais e o processo administrativo.....	118
3.1.1 <i>A tutela constitucional do processo no paradigma do Estado Democrático de Direito</i>	118
3.1.2 <i>O devido processo legal</i>	125
3.1.3 <i>O contraditório e a ampla defesa.....</i>	128
3.1.4 <i>A razoável duração do processo</i>	137
3.1.5 <i>O devido processo administrativo no atual modelo do Estado brasileiro</i>	143
3.2 Análise dos julgados.....	152
3.2.1 <i>Quanto à aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa</i>	152
3.2.2 <i>quanto à aplicação do princípio da razoável duração do processo</i>	160
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	164
REFERÊNCIAS	172

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é, a partir do exame de dois julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), os Mandados de Segurança ns. 24.781/DF e 25.116/DF,¹ discorrer sobre a concretização da segurança jurídica no processo administrativo, tendo como foco a aplicação e a interpretação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo.

Em linhas gerais, a questão de fundo dos citados feitos é a tutela da segurança jurídica, da razoável duração do processo, do contraditório e da ampla defesa no âmbito dos processos de controle externo por meio dos quais o Tribunal de Contas da União (TCU) examina a legalidade dos atos de concessão inicial de aposentadorias, reformas e pensões, por força do art. 71, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

No julgamento desses *mandamus*, o Supremo Tribunal Federal invocou os aludidos princípios para invalidar decisões do TCU que consideraram ilegais aposentadorias concedidas há mais de cinco anos e determinou que a Corte de Contas garantisse aos interessados o direito de exercer as garantias² constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Como consequência, houve revisão da jurisprudência até então dominante no STF, que – partindo da premissa de que as concessões iniciais de benefícios previdenciários estatutários são atos administrativos de natureza complexa, os quais só se aperfeiçoam com o correspondente exame e posterior autorização de registro pelo TCU, antes do que não se incorporam ao patrimônio jurídico dos seus beneficiários³ – negava a existência de limite

¹ A ementa de ambos os julgados está transcrita em nota de rodapé do capítulo 1, no início do tópico referente a cada um deles.

² Optou-se por empregar de forma indiferente tanto o termo “princípio” quanto o termo “garantia” para fazer referência ao contraditório, à ampla defesa, à razoável duração do processo e ao devido processo legal, sem adentrar nas discussões acerca da distinção semântica entre esses vocábulos, por ser essa a nomenclatura utilizada pelo Supremo Tribunal Federal nos julgados que serão examinadas no presente estudo.

³ Quanto à classificação dessas concessões como sendo atos complexos, embora essa seja a tese ainda dominante no STF, a matéria não é pacífica entre os membros daquele Tribunal e também encontra divergências na doutrina. No âmbito da Suprema Corte, existem manifestações de ministros que questionam essa premissa, como se observa, por exemplo, nas considerações feitas pelos Ministros Ayres Britto, Sepúlveda Pertence e Cezar Peluso no julgamento do Mandado de Segurança n. 25.116/DF (inteiro teor do julgado, p. 172 e 205-209, Relator: Min. Ayres Britto, DJ 10/02/2011), bem como nos debates orais do julgamento do Mandado de Segurança n. 24.781/DF (inteiro teor, p. 55, Relator: Min. Ellen Gracie, Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, DJ 09/06/2011). Da mesma forma, na doutrina encontram-se posicionamentos contrários a essa

temporal para a atuação do TCU bem como o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa pelos interessados nos processos em que a Corte de Contas apreciava a legalidade dessas concessões.⁴

Ao julgar os Mandados de Segurança ns. 24.781/DF e 25.116/DF, o Supremo Tribunal Federal firmou o seguinte entendimento, o qual é seguido pelo TCU⁵: em respeito ao princípio da proteção à confiança (vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica), quando transcorrerem mais de cinco anos, contados da entrada do ato no Tribunal, sem que haja a apreciação da concessão pelo TCU, este deve assegurar aos interessados o exercício das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.⁶⁻⁷

classificação, como o de Flavio Germano de Sena Teixeira, para quem o ato concessório não é complexo, pois nele não há a confluência de vontades de fim e de conteúdo dos órgãos manifestantes, inerente aos atos complexos. Isso porque o ato do órgão de controle não visa à concessão da aposentadoria ou pensão, mas o exame de sua legalidade, fim diverso da manifestação do órgão que emite o ato (TEIXEIRA, 2004, p. 199-200). Lafayette Pondé também defende a incompatibilidade do conceito de ato complexo com o ato de aposentadoria, ressaltando que o ato de controle não participa da natureza do ato controlado (PONDÉ, 1998, p. 132-133). Na mesma linha, ver ainda: Lucas Rocha Furtado (2007, p. 288-290); Wallace Paiva Martins Júnior, Antônio Joaquim Ferreira (2008) e Sandro Granjeiro Leite (2009).

⁴ Nessa linha, citam-se, os seguintes precedentes: 25.256/PB (Relator: Min. Carlos Velloso, DJ 24/03/2006), Mandado de Segurança n. 25.192/DF (Relator: Min. Eros Grau, DJ 06/05/2005), 25.090 (Relator: Min. Eros Grau, DJ 01/04/2005), Mandado de Segurança n. 24.859 (Relator: Min. Carlos Velloso, DJ 27/08/2004), Mandado de Segurança n. 25.409/DF (Relator: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18/05/2007), Mandado de Segurança n. 25.440/DF (Relator: Min. Carlos Velloso, DJ 28/04/2006) e Mandado de Segurança n. 25.256/PB (Relator: Min. Carlos Velloso, DJ 24/03/2006), entre outros. Quanto ao contraditório e à ampla defesa, esse entendimento está consubstanciado na parte final da Súmula Vinculante n. 3, assim redigida: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.”

⁵ No âmbito do TCU, a questão foi decidida por meio do Acórdão n. 587/2011 – TCU – Plenário: “Sumário: REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA CONSULTORIA JURÍDICA DO TCU. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NECESSIDADE DE A CORTE DE CONTAS ASSEGURAR A OPORTUNIDADE DO USO DE TAIS DIREITOS POR PARTE DOS INTERESSADOS, DADO O TRANSCURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A CINCO ANOS, QUANDO DA APRECIÇÃO, PARA FINS DE REGISTRO, DA LEGALIDADE DE ATOS DE PESSOAL. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DA MATÉRIA. DEFINIÇÃO DE PROVIDÊNCIAS VISANDO À MODIFICAÇÃO DE ROTINAS PARA O EXERCÍCIO DESSA COMPETÊNCIA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA.” (Relator: Min. Valmir Campelo, DOU 21/03/2011).

⁶ Esse entendimento foi adotado inicialmente no Mandado de Segurança n. 25.116/DF (Relator: Min. Carlos Velloso, DJ 10/02/2011) e no Mandado de Segurança n. 24.781/DF (Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, DJ 09/06/2011), após os quais foram proferidos diversos julgados na mesma linha, a exemplo do Mandado de Segurança n. 28.520/PR (Relator: Min. Ayres Britto, DJ 02/04/2012), Mandado de Segurança n. 28.720/DF (Relator: Min. Ayres Britto, DJ 02/04/2012), Mandado de Segurança n. 27.640/DF (Relator: Min. Ricardo Lewandowski, DJ 19/12/2011) e Mandado de Segurança n. 28.333/DF (Relator: Min. Ricardo Lewandowski, DJ 27/02/2012).

⁷ Com essa mudança de jurisprudência, o STF relativizou o disposto na parte final da Súmula Vinculante n. 3, que dispensa o chamamento dos interessados para participar dos processos de controle externo por meio do qual o TCU aprecia a legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões.

Contudo, é questionável se, nessas circunstâncias, o chamamento dos interessados para que se manifestem sobre a ilegalidade apontada no seu benefício, por si só, efetivamente concretiza as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo e se, com isso, prestigia-se o princípio segurança jurídica, conforme foi concluído nos julgados. Ademais, cabe verificar a coerência dessa tese, cujos próprios debates no âmbito do STF demonstram incertezas dos magistrados em relação às premissas adotadas para construir o raciocínio que a fundamenta.

Nesse contexto, busca-se responder à seguinte questão: quais são os elementos que permitem afirmar que a decisão do STF no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 24.781 e 25.116 – ao adotar o entendimento de que se deve assegurar aos interessados o contraditório e a ampla defesa quando transcorridos mais de cinco anos sem que haja a apreciação dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões pelo TCU – vai, ou não, ao encontro dos princípios da segurança jurídica, do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo?

A matéria é polêmica, pois possui posicionamentos divergentes tanto na doutrina como na jurisprudência. Também não é pacífica entre os ministros do STF, estando sujeita à nova discussão no âmbito do Recurso Extraordinário 636.553/RS, com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal desde junho 2011.⁸

Além disso, tem relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que causa impacto na esfera de direitos subjetivos dos beneficiários das inúmeras aposentadorias, reformas ou pensões concedidas pela Administração Pública. De maneira reflexa, atinge, ainda, os interesses de toda a população do país, uma vez que repercute nas finanças da União.⁹

⁸ “Ementa: Recurso extraordinário. 2. Servidor público. Aposentadoria. 3. Anulação do ato pelo TCU. Discussão sobre a incidência do prazo decadencial de 5 anos, previsto na Lei 9.784/99, para a Administração anular seus atos, quando eivados de ilegalidade. Súmula 473 do STF. Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Repercussão geral reconhecida.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, mas, no mérito, não reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, que será submetida a posterior julgamento, vencido o Ministro Gilmar Mendes. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.” (DJ 09/03/2012).

⁹ Sobre a relevância e os desdobramentos da problemática acerca da incidência do contraditório e da ampla defesa no âmbito dos processos de controle externo da legalidade dos atos de pessoal realizado pelo TCU, Carlos Henrique Caldeira Jardim ressalta que “Não se deve perder de vista a expressividade numérica das admissões e das concessões no âmbito da Administração Pública Federal, a materialidade da despesa, o interesse sócio-econômico, as inúmeras situações fáticas e jurídicas apreciadas e o interesse jurídico e econômico dos atingidos

Dessa forma, observa-se que o tema contempla aplicabilidade prática e que as questões nele inseridas merecem tratamento teórico mais aprofundado, sendo importante examinar a nova jurisprudência do STF à luz dos diversos aspectos jurídicos nela envolvidos, notadamente com foco nos princípios constitucionais invocados para fundamentá-la (segurança jurídica, contraditório, ampla defesa e razoável duração do processo). A partir da análise da solução adotada pelo STF, será possível enfrentar o problema para, então, buscar alternativas que efetivamente garantam a segurança do ordenamento jurídico, sem, contudo, deixar de lado o princípio da legalidade.

O tema também tangencia discussões a respeito da natureza dos atos administrativos que concedem benefícios previdenciários estatutários no âmbito da Administração Pública Federal, bem como do controle que o TCU exerce sobre eles. Contudo, ainda que essas questões precisem ser abordadas em alguns momentos por razões didáticas, a pesquisa não se aprofunda sobre elas.

Uma vez que o foco deste estudo é analisar os julgados sob o prisma da realização da segurança jurídica por meio da aplicação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, adotar-se-á a premissa do ato complexo, a despeito de, pessoalmente, discordar-se dela.

A rejeição da referida premissa e o conseqüente reconhecimento de que essas concessões, mesmo antes da sua apreciação pelo TCU, já seriam atos administrativos perfeitos e acabados, desconstruiria toda a tese do Supremo Tribunal Federal acima mencionada. Isso porque os argumentos contrários à aplicação da decadência e à incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa nesses casos foram formulados a partir do conceito de ato complexo.¹⁰

pela deliberação do Tribunal: dados operacionalmente relevantes da realidade que integram a problemática da incidência do contraditório e da ampla defesa em sede de tais processos.” (JARDIM, 2006, p. 418, nota 8).

¹⁰ Estudo detalhado a respeito da evolução da jurisprudência do STF sobre a natureza jurídica dos atos administrativos que concedem aposentadorias, reformas e pensões, bem como sobre a sua compatibilidade com o conceito de ato administrativo complexo, foi feito por Sandro Granjeiro Leite. Interessante notar que, conforme verificou Leite, a origem do entendimento de considerar o registro do ato de aposentadoria como complexo teve por objetivo resguardar interesses de servidores aposentados cujos atos já haviam sido registrados pelo TCU contra tentativas do órgão concedente de rever ou cancelar o benefício. As primeiras decisões que fizeram menção à natureza do ato, proferidas em 1961 e 1962, eram, portanto, no sentido de que, por tratar-se de ato complexo, a aposentadoria já devidamente registrada pelo TCU não poderia ser revogada pela Administração sem a autorização do Tribunal de Contas. A partir desse entendimento, o STF editou, em 13.12.1963, o Enunciado de Súmula n. 6, nos seguintes termos: “A REVOGAÇÃO OU ANULAÇÃO, PELO PODER EXECUTIVO, DE APOSENTADORIA, OU QUALQUER OUTRO ATO APROVADO PELO TRIBUNAL DE

No entanto, como será visto no capítulo 1, nos debates travados em ambos os julgamentos, embora a questão da natureza do ato tenha sido alvo de questionamentos, ela não foi o centro de discussão, tampouco foi fundamental para a mudança de entendimento inaugurada com os Mandados de Segurança ns. 25.116/DF e 24.781/DF. Ao final dos julgamentos, a maioria dos ministros manteve o posicionamento de adotar a premissa do ato complexo e decidiu com base nos princípios objeto deste estudo (segurança jurídica, contraditório, ampla defesa e razoável duração do processo). Optou-se, portanto, por focar a pesquisa nas questões que foram decisivas para a revisão da jurisprudência sobre o tema.

Essa opção metodológica, assim como as outras que foram ou serão explicitadas ao longo desta introdução, decorre da necessidade de se limitar o escopo da pesquisa a fim de torná-la exequível. Como leciona Gilberto de Andrade Martins, um estudo de casos, para ser bem sucedido, depende do estabelecimento de premissas, contingências e parâmetros que auxiliem na sua orientação e no seu direcionamento, a fim de se evitar a cilada de se pretender “pesquisar tudo em uma única vez”. Os parâmetros adotados estabelecem limites e contingências visando à exequibilidade do projeto, devendo-se buscar um equilíbrio para que o trabalho não seja excessivamente limitado, tornando-se inócuo, ou extenso de mais, tornando-se superficial (MARTINS, 2008, p. 69-70).

Diante disso, para possibilitar a análise do novo entendimento firmado pelo STF, tendo como foco os princípios constitucionais invocados nas decisões, as quais partiram da ideia de que se tratava de um ato complexo, aceitar-se-á essa premissa. Afinal, nas palavras de Perelman, “a validade de uma demonstração só garante a verdade da conclusão se estamos dispostos a reconhecer a verdade das premissas” (PERELMAN, 2004, p. 142).

O estudo dos citados princípios, em especial o da segurança jurídica, bem como da sua aplicação e interpretação, não é matéria nova, sendo objeto de incontáveis trabalhos acadêmicos, tanto no âmbito do direito interno quanto na literatura estrangeira. A despeito

CONTAS, NÃO PRODUZ EFEITOS ANTES DE APROVADA POR AQUELE TRIBUNAL, RESSALVADA A COMPETÊNCIA REVISORA DO JUDICIÁRIO.” Contudo, posteriormente, essa construção jurisprudencial, inicialmente protetiva, terminou sendo aplicada para restringir os direitos dos servidores, afastando a aplicação da decadência administrativa, do contraditório e da ampla defesa no âmbito do controle externo exercido pelo TCU sobre as referidas concessões. Após analisar com profundidade as decisões do STF sobre o tema e confrontá-la com os posicionamentos doutrinários acerca da natureza e das características dos atos administrativos, Leite conclui que os atos concessivos de benefícios previdenciários estatutários não se compatibilizam com o conceito doutrinário de ato complexo. Diante disso, pondera que “deve ser repensada a questão da ausência de contraditório e de ampla defesa, além da não incidência do prazo quinquenal decadencial para a revisão administrativa. Pois essas consequências jurídicas advêm dessa natureza complexa” (LEITE, 2009, p. 11-27, 190-191).

disso, a escolha do tema se justifica não só por envolver questões que, embora muito antigas no campo jurídico, se renovam com as mudanças sociais e estão sempre presentes nos conflitos levados aos operadores do direito, mas também pela abordagem diferenciada do presente trabalho.

A pesquisa, sem pretender discorrer exaustivamente e de forma abstrata sobre a dogmática desses princípios, visa buscar substrato teórico a respeito deles dentro dos limites necessários para solucionar o problema que se apresenta nos casos concretos examinados no trabalho. Com isso, será possível estabelecer, de forma problematizada, um debate – que também poderá ser útil para a resolução de outras situações – sobre alguns dos diversos questionamentos suscitados pelos conflitos que emergem da crescente complexidade vivenciada pela sociedade contemporânea.

A sociedade plural na qual vivemos, caracterizada pelo excesso de informação e pela diversidade de interesses, torna o direito cada vez mais complexo e contribui para o aumento da incerteza,¹¹ sendo de extrema importância conciliar a flexibilidade jurídica que essas sociedades demandam, com a necessidade de segurança e coerência do ordenamento jurídico.

O direito contemporâneo é marcado pela valorização dos princípios, pela coexistência e conformação de valores e pela “ductibilidade”.¹²⁻¹³ A condição espiritual do nosso tempo assenta-se em uma base material pluralista do direito que pode ser descrita como a aspiração aos muitos princípios e valores que conformam a convivência coletiva, os quais, para que possam se compatibilizar e conviver uns com os outros, não podem assumir, individualmente, caráter absoluto (ZAGREBELSKY, 2009, p. 16).

Nesse cenário de valorização dos princípios jurídicos, muito se discute sobre as peculiaridades relativas à sua aplicação, interpretação e conceituação enquanto espécie

¹¹ Para maior aprofundamento dessa questão, ver o estudo de ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, 118-119, p. 45 à 50.

¹² O termo “ductibilidade” é usado por Gustavo Zagrebelsky para definir o que autor considera a essência do atual direito constitucional, cujo único valor absoluto seria o respeito ao pluralismo de valores e interesses (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009).

¹³ Sobre o papel dos princípios no Direito, ver também GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 12 ed. Madrid: Civitas, v. 1, 2005, p. 85-92.

normativa. Vários são os autores que se propõem a traçar a distinção entre princípios e regras, não havendo consenso doutrinário sobre o assunto.¹⁴

A busca dessa distinção é, sem dúvida, tarefa particularmente complexa. Não é por acaso que Inocêncio Mártires Coelho, ao tratar do assunto em sua obra sobre a interpretação constitucional, matéria que ele considera uma *hermenêutica de princípios*, afirma logo no início que, à luz da experiência, a suposta diferença ontológica entre regras e princípios se esvai. Posto isso, o autor manifesta sua opinião de que a particularidade do princípio reside, de um lado, na sua falta de precisão e, de outro, na sua generalização e abstração lógica (COELHO, 1997, p. 79).

Helena Taveira Torres, em sentido contrário, afirma que “não há qualquer justificativa para se mencionar a indeterminação dos princípios como nota distintiva destes”, pois existem inúmeros textos normativos que, não obstante dirigidos para construção de regras no ordenamento, revelam grade ambiguidade e indeterminação (TORRES, 2012, p. 536).

Torres, embora não negue que exista distinção entre regras e princípios, critica a força que lhe é apregoada pela doutrina, especialmente quando utilizada com o intuito de assinalar alguma preferência das regras sobre os princípios na estrutura do ordenamento jurídico ou como medida de segurança jurídica. Para ele, a distinção existe no plano das normas jurídicas em *sentido amplo*. Na condição de norma em *sentido estrito* só há “regras”, cujo “dever ser” define-se pelos princípios aplicáveis, pois tanto as “regras” como os “princípios” são como que fragmentos de normas, necessários para a composição da norma de conduta de aplicação, posta sempre no ordenamento sob a forma de regra jurídica (TORRES, 2012, p. 545).

O mencionado autor explica que a norma jurídica em *sentido estrito* é o resultado de uma construção interpretativa, antes do que só há “texto”. Ao final do procedimento de aplicação dos princípios, ter-se-á sempre uma regra de conduta (nunca um princípio), apurada segundo os textos, regras e princípios que concorram para a sua formação. Segundo Torres, a dificuldade de compreender esse modelo de aplicação das normas como *produto* de um *processo* (a partir de um texto normativo) “leva à diferenciação entre regras e princípios como

¹⁴ Acerca das diversas teorias doutrinárias sobre a distinção entre princípios e regras, ver o panorama traçado por Humberto Ávila, que trata do pensamento de autores como Josef Esser, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Ronald Dworkin e Roberto Alexy (ÁVILA, 2005, p. 26-31). Ver também a crítica aos critérios distintivos utilizados pela doutrina feita por Helena Torres (TORRES, 2012, p. 531-535).

algo estanque, como se fosse possível a interpretação-construção das ‘regras’ separadamente de uma interpretação dos ‘princípios’” (TORRES, 2012, p. 543-544).

Com base nessa perspectiva, Torres define os princípios como sendo:

normas *lato sensu* de direito positivo que prescrevem valores objetivos, relativos e vinculantes para todo o sistema jurídico, com ou sem limitação a específicas regras ou subsistemas, obrigam ao máximo de observância e efetividade e vedam qualquer conduta em sentido contrário ao seu *âmbito normativo*, e mormente ao seu *conteúdo essencial* (TORRES, 2012, p. 535, grifo original)

Humberto Ávila, por sua vez, formula uma classificação tripartite das normas, baseada no significado frontal dos dispositivos, a partir dos quais as normas são criadas por meio da interpretação. Segundo essa classificação, de acordo com seu significado preliminar, as normas podem ser regras (dimensão comportamental), princípios (dimensão finalística) e/ou postulados (dimensão metódica) (ÁVILA, 2005, p. 70-72, 129-131).

Especificamente com relação aos princípios, o autor os define como:

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (2005, p. 70).

Segundo Ávila, as regras são normas que descrevem o que é permitido, proibido e obrigatório. São compostas de uma hipótese, a que se conjuga um mandamento, uma consequência ou uma estatuição, sendo representadas no modelo lógico deontico pela expressão “se, então”. Em razão dessa estrutura normativa, o procedimento de interpretação e aplicação das regras envolve, primordialmente, uma operação terminal de correspondência conceitual entre a situação de fato e a hipótese e a consequência que compõem a norma (ÁVILA, 2012, p. 118-119).

Já os princípios jurídicos são, para Ávila, aquelas normas que estabelecem um estado ideal das coisas (fim) para cuja realização é necessária a adoção de comportamentos que provocam efeitos que contribuem para a sua promoção (meios), de modo que seu modelo lógico pode ser representado pela expressão “para, então é preciso”. Como consequência, o procedimento de interpretação e de aplicação dos princípios difere daquele que é aplicado às normas, e abrange, primordialmente, o exame da correlação entre o estado das coisas, efeitos e condutas (ÁVILA, 2012, p. 118-119).

A despeito das divergências sobre o tema, apenas exemplificadas acima, o presente estudo não tem a pretensão aprofundar esse debate, pois a busca da diferença ontológica entre princípios e regras – se é que ela existe – não é essencial para a solução do problema que ele se propõe a resolver.

Diante disso, adota-se o posicionamento de Humberto Ávila acerca da compreensão dos princípios jurídicos enquanto espécie normativa, sem adentrar na interminável discussão sobre a distinção entre princípios e regras. Essa escolha decorre da necessidade de manter a coerência deste trabalho, uma vez que, no tocante à dogmática do princípio da segurança jurídica, o principal alicerce doutrinário da pesquisa é a teoria desse mesmo autor.

Optou-se por abordar o tema a partir do estudo de casos por acreditar-se que o direito possui caráter instrumental, voltado para a solução de questões práticas da sociedade. Conforme observa Philipp Heck, o problema da criação do direito mediante a sentença judicial se encontra no centro da metodologia jurídica, pois a “ciência jurídica” é uma “ciência”¹⁵ normativa e prática. Sua finalidade não é a satisfação do desejo de saber, mais a resolução dos problemas da vida (HECK, 1999, p. 25-26).

Além disso, a utilização de exemplos aumenta o poder explicativo do texto, pois ajuda a tornar o estudo de assuntos densos, como os que este trabalho se propõe a investigar, mais claro e objetivo. Nesse sentido, Humberto Ávila, ao ressaltar a importância do uso de exemplos em trabalhos acadêmicos, afirma que uma obra científica sem exemplos, além de precisar fugir do perigoso inimigo representado pela excessiva abstração, ainda acaba conduzindo a um paradoxo, porque tenta explicar o funcionamento sem mostrar como funciona, e a uma contradição performativa, porque tenha clarear sendo obscura (ÁVILA, 2009, p. 32).

Alinhada à finalidade de facilitar o estudo do tema, a decisão de trabalhar com número reduzido de casos contribui para aumentar o seu poder ilustrativo e permite investigá-los com maior profundidade (ÁVILA, 2009, p. 32).

Quanto à escolha de julgados do Supremo Tribunal Federal, essa se justifica em razão do papel cada vez mais importante atribuído às decisões judiciais em nosso ordenamento

¹⁵ Essa referência ao pensamento de Philipp Heck tem por objetivo ressaltar o caráter prático do Direito, sem pretender trazer para este estudo a discussão acerca da sua cientificidade. Assim, por ser questionável a afirmação de que o Direito é uma ciência, optou-se por utilizar a expressão “ciência jurídica” entre aspas.

jurídico, especialmente às proferidas pelo STF,¹⁶ cuja jurisprudência serve de direcionamento para atuação não só do Poder Judiciário como também da Administração Pública. No caso em exame, por exemplo, apesar das decisões não possuírem caráter vinculante, o TCU reviu a sistemática até então vigente no órgão no tocante à apreciação dos atos de pessoal para fins de registro, promovendo significativas alterações com vistas a se adaptar ao novo entendimento do STF.¹⁷

Outro motivo para a realização de estudos a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal reside nas peculiaridades da atividade jurisdicional exercida pelas Cortes Supremas.

Conforme observa Inocêncio Mártires Coelho, o exercício da criatividade do juiz, a rigor, não conhece limites no âmbito da jurisdição constitucional. Além das decisões das

¹⁶A valorização da jurisprudência em nosso ordenamento jurídico é evidenciada, por exemplo, pelos mecanismos formais de uniformização de jurisprudência introduzidos no processo civil brasileiro (como o incidente de uniformização de jurisprudência, os embargos de divergência e a súmula, entre outros) e pela criação de instrumentos de aceleração do processo com base na jurisprudência uniformizada (como a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recursos).

¹⁷Essas mudanças foram objeto do Acórdão n. 587/2011 – TCU – Plenário, mencionado em nota anterior (nota n. 5), que tratou de Representação formulada pela Consultoria Jurídica do TCU, por meio do qual o órgão decidiu: “9.2. reconhecer que o TCU, diante de constatação que possa levar à negativa de registro de ato de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, deve assegurar ao(s) interessado(s)/beneficiário(s) a oportunidade do uso das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sempre que transcorrido lapso temporal superior a cinco anos quando da apreciação, sem prejuízo do encaminhamento previsto no item 9.6 deste acórdão; 9.3. deixar assente que o prazo de cinco anos, ao término do qual deve ser instaurado o contraditório, é contado a partir da entrada do ato no TCU, observada a orientação contida no item 9.6 da presente deliberação; 9.4. esclarecer que o procedimento previsto no item 9.2 acima incide inclusive sobre os processos em curso;”. Na mesma decisão, foram determinadas várias providências para viabilizar a nova sistemática, bem como agilizar a apreciação dessas concessões tanto internamente quanto no tocante ao seu envio para o TCU. Como exemplo, citam-se os seguintes itens do Acórdão n. 587/2011 – TCU – Plenário: “9.5.1. compete ao próprio titular da unidade técnica promover a oitiva do(s) interessado(s)/beneficiário(s), o que deve ocorrer imediatamente após a constatação da ilegalidade, salvo se não utilizada a faculdade prevista no § 1º do art. 157 do Regimento Interno pelo relator (delegação de competência), hipótese em que a este deve ser submetida a proposta de encaminhamento do processo; (...) 9.5.3. cabe à Sefip, uma vez detectada a ilegalidade do ato e não transcorrido o prazo quinquenal, promover a **abertura imediata de processo e a sua tramitação preferencial, para apreciação do Tribunal antes de decorrido esse tempo**; 9.6. determinar à Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip) e à Consultoria Jurídica (Conjur) **que acompanhem o avanço dos debates e da jurisprudência no âmbito do STF sobre as questões objeto destes autos, submetendo à Presidência do Tribunal, tão logo consolidado o entendimento daquela Corte a respeito do tema, os estudos necessários à definição do assunto nesta Casa, inclusive, se for o caso, anteprojeto de norma que contemple a incorporação, na Resolução-TCU nº 206/2007, dos preceitos que se fizerem necessários à regulamentação definitiva da matéria, sem prejuízo das medidas cabíveis junto à Comissão de Jurisprudência, para que seja atualizada a redação da Súmula-TCU nº 256, afora as providências de normatização a que se referem os itens 72 a 82 do voto que fundamenta esta deliberação**; 9.7. determinar à Secretaria de Fiscalização de Pessoal que adote as seguintes providências, com a urgência requerida: 9.7.1. implemente procedimento de avaliação sistemática quanto ao cumprimento dos prazos de alimentação do sistema Sisac, previstos nos arts. 7º e 11 da Instrução Normativa-TCU nº 55/2007, representando ao Tribunal, para as medidas cabíveis, nos casos de atrasos recorrentes e mais significativos; 9.7.2. promova ações de capacitação e treinamento, via Instituto Serzedello Correa (ISC), tendentes a permitir a adequada utilização do Sisac por seus usuários, examinando a possibilidade de a Controladoria-Geral da União assumir parte dessa tarefa;” (Relator: Min. Valmir Campelo, DOU 21/03/2011, grifos nossos).

Cortes Supremas não estarem sujeitas a controles formais pelos poderes estatais, a sua atividade interpretativa ainda se desenvolve, basicamente, “em torno de enunciados *abertos, indeterminados e polissêmicos*”. Assim, como intérpretes finais da Constituição e juízes últimos de sua própria autoridade, esses tribunais “acabaram se convertendo numa simples *variante do poder legislativo*” (COELHO, 1997, p. 38).

Na mesma linha, Michel Troper ressalta que as Cortes Constitucionais podem dar ao texto qualquer significação, pois o conteúdo das suas decisões não pode ser juridicamente contestado. A interpretação que derem a norma será válida e produzirá efeitos em direito. Contudo, embora juridicamente livres, elas são socialmente determinadas. Para que possam efetivamente reger o comportamento dos indivíduos, estão obrigadas a agir com coerência e constância, não por um dever jurídico, mas por causa da situação que as constringe a fazer a escolha racional da coerência (TROPER, 2008, p. 130-140).

Essas circunstâncias, por um lado, reforçam a importância da análise das decisões das Cortes Constitucionais no âmbito acadêmico, pois, ante a impossibilidade de se contestá-las judicialmente, resta como forma de controlá-las verificar a coerência e a aceitabilidade da sua fundamentação.

Nesse ponto, o magistério doutrinário tem o papel precioso de auxiliar a justiça, na medida em que, por meio da argumentação, tem o poder de convencer os legisladores, os juízes e a opinião pública de que as soluções por ela propostas são aceitáveis e de que o valor das suas justificações são preferíveis às concepções correntes. Com isso, contribui-se para a dialética que faz a vida do direito e que lhe permite conciliar a estabilidade e a mudança (PERELMAN, 1996, p. 631).

Por outro lado, a maior liberdade de criação das Cortes Constitucionais e a natureza aberta, indeterminada e polissêmica dos enunciados que elas interpretam, contribuem para que suas decisões sejam um campo rico e de grande importância para os pesquisadores do Direito, não só em razão do impacto que causam na sociedade, mas também em razão da quantidade e da profundidade de questionamentos que podem suscitar.¹⁸

¹⁸ Exemplo dessa afirmação são os julgados examinados neste estudo, capazes de suscitar tantos debates que, como dito anteriormente, precisou-se fazer escolhas e estabelecer cortes metodológicos para tornar a pesquisa exequível.

A exemplo dos casos abordados neste trabalho, são inúmeras as situações da vida cotidiana, bem como as discussões teóricas que se originam dessas situações, nas quais o operador do direito se depara com problemas de difícil resolução, que envolvem a aplicação de dois ou mais princípios jurídicos conflitantes no caso concreto e demandam grande esforço do intérprete. Muitos são também os julgados do STF que abordam questões dessa natureza.

A seleção dos Mandados de Segurança ns. 24.781/DF e 25.116/DF, dentre tantos julgados, como ponto de partida para este estudo, decorre da relevância da matéria neles tratada e da sua repercussão para a sociedade, além da riqueza e da variedade dos debates teóricos que os casos suscitam, os quais poderão servir para solucionar outros problemas que demandem raciocínio jurídico semelhante.

O objetivo do trabalho é, a partir do exame dos argumentos jurídicos, da fundamentação normativa utilizada nesses julgados e das concepções teóricas neles envolvidas confrontar a tese do STF com as diversas opiniões da doutrina sobre os contornos e institutos jurídicos relacionados ao debate, a fim de verificar a correção e a coerência desse entendimento, bem como a sua compatibilidade com o ordenamento normativo vigente.

Para orientar o estudo, são adotadas duas hipóteses de pesquisa. A primeira é a de que as garantias do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo são princípios cuja aplicação contribui para a realização do princípio da segurança jurídica, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, o princípio da segurança jurídica atua como fim maior a ser alcançado por meio do exercício das citadas garantias constitucionais.

A segunda hipótese é a de que a fixação de um prazo a partir do qual “nasce o direito ao contraditório e à ampla defesa” não atende ao real alcance dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo e, como consequência, a tese do STF termina por não concretizar o princípio da segurança jurídica.

Primeiro, por não haver relação entre os pressupostos para a existência do direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa e o decurso do tempo. Com isso, ou o interessado tem o direito de ser ouvido a qualquer momento em que o TCU possa considerar seu ato ilegal, ou, se ele não tem esse direito, ele não passará a ter depois de determinado prazo.

Segundo porque o longo transcurso de tempo entre os fatos questionados e o chamamento do interessado para se manifestar, além de não ir ao encontro da celeridade processual, ainda dificulta a reunião de elementos para defender a legalidade do ato concessório. Dessa forma, quanto maior a demora em apreciar o ato, menor será a chance de o beneficiário influir na decisão do TCU, fazendo com que o exercício dessas garantias constitucionais tenda a ser meramente formal.

Terceiro pelo fato de que a tese adotada pelo STF não põe limite à atuação do TCU, de forma que também não garante a razoável duração do processo, permanecendo o indivíduo por tempo indeterminado a mercê de uma decisão que considere ilegal seu benefício previdenciário.

Com vistas a solucionar o problema proposto e verificar se as hipóteses acima se confirmam, o estudo se vale de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, bem como da análise detalhada das atas de julgamento dos Mandados de Segurança ns. 24.781/DF e 25.116/DF, sendo desenvolvido em três capítulos. O capítulo 1 apresenta os casos objeto do trabalho. O capítulo 2 discorre sobre a segurança jurídica a partir da concepção utilizada nesses dois julgados. E o capítulo 3 trata do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, confrontando a dogmática desses princípios com a tese do STF.

Inicialmente, o capítulo 1 traz uma contextualização da matéria de fundo envolvida nos dois julgados, bem como um breve histórico da jurisprudência do STF sobre o tema. Essa explanação visa facilitar a compreensão dos casos, tendo em vista que, em ambos, muitas discussões se desenvolveram em torno de precedentes judiciais.

Em seguida, o mesmo capítulo passa a tratar do Mandado de Segurança n. 25.116/DF (MS 25.116). Começa pela descrição do caso, incluindo os argumentos dos impetrantes, do TCU e do Ministério Público, para, depois, apresentar os fundamentos utilizados individualmente pelos ministros durante os julgamentos, tanto em seus votos escritos como nos debates orais, suprimindo os argumentos referentes a questões que fogem ao escopo da pesquisa e evitando repetir aqueles que aparecem mais de uma vez ao longo do julgamento. Por fim, segue a mesma metodologia em relação ao Mandado de Segurança n. 24.781/DF (MS 24.781).

Considerando-se que o MS 25.116 foi o primeiro a contemplar o novo entendimento e que os principais pontos sobre a matéria foram debatidos e resolvidos durante seu julgamento, a análise dele é mais minuciosa. O exame do Mandado de Segurança n. 24.788/DF é mais sintético, tendo como foco os novos argumentos trazidos pelos magistrados e os debates em torno da fixação do termo inicial para a contagem do prazo quinquenal.

A apresentação individual das considerações tecidas pelos ministros se justifica porque embora a maioria dos magistrados tenha chegado a conclusões semelhantes ao final dos julgados, muitas vezes as concepções utilizadas e os caminhos percorridos por eles são diferentes e, em alguns pontos, até contraditórios entre si. Diante disso, torna-se difícil extrair uma única fundamentação para atribuí-la a todos os ministros que foram favoráveis à tese vencedora, sem correr o risco de apresentar informações distorcidas nessa tentativa de extrair a essência do raciocínio que culminou na decisão. Assim, para manter a fidelidade ao caso, optou-se por expor separadamente os respectivos argumentos.

Além disso, essa forma de abordagem permitirá que, no decorrer do trabalho, estabeleça-se um diálogo entre as diversas linhas de argumentação apresentadas pelos julgadores, bem como entre essas e o magistério doutrinário sobre cada ponto pesquisado.

A opção de partir da análise dos argumentos jurídicos e da fundamentação normativa utilizada nesses julgados para verificar a correção e a coerência do novo entendimento adotado pelo STF decorre da concepção – respaldada no pensamento de Chaím Perelman e de Inocêncio Martires Coelho – de que a controlabilidade e a legitimidade do conteúdo¹⁹ de uma decisão estão na razoabilidade da sua fundamentação.

Nesse sentido, Inocêncio Martires Coelho afirma que a motivação é condição de legitimidade e de eficácia do labor hermenêutico do intérprete aplicador do Direito, pois é ela que assegura a racionalidade e que traz segurança às decisões. À míngua da fundamentação, todo ato decisório é considerado objetivamente inválido e incompatível com a ideia de Direito

¹⁹ Fez-se referência aqui especificamente à controlabilidade do conteúdo da decisão, por ser esse o escopo do presente estudo. Contudo, quanto à controlabilidade da decisão como um todo, acredita-se que essa se dá tanto por meio da sua fundamentação (quando se analisa o seu conteúdo) quanto pelo procedimento que culminou na sua formação (quando se analisa a formação da decisão). Nesse sentido, são as conclusões de Inocêncio Mártires Coelho: “consideramos *razoável* adotar como parâmetro de racionalização/despersonalização da atividade hermenêutica a exigência de que as decisões dos intérpretes aplicadores do direito observem o devido processo legal (*substantive due process/procedural due process*) e guardem conformidade com a *consciência jurídica geral*, porque a utilização desses controles permite refrear os voluntarismos sem inibir a criatividade, que é indispensável a todas as formas de concretização de modelos jurídicos.” (COELHO, 1997, p. 99, grifos do autor).

enquanto instrumento de ordenação justa e racional da convivência humana (COELHO, 1997, p. 48-49).

Isso porque, conforme observa Perelman, uma regra²⁰ não é arbitrária em si, o que a torna arbitrária é a ausência de justificação. A motivação, embora não garanta que a regra é justa – porque não se pode impor a todos a mesma concepção de justiça –, ao menos elimina sua arbitrariedade (PERELMAN, 1996, p. 56-60).

Em direito, nenhum poder deve exercer-se de forma arbitrária, ou seja, desarrazoada, pois o exercício de um poder “supõe a possibilidade de uma escolha razoável entre várias soluções”. Como desarrazoado, entende-se “o que a opinião pública não pode aceitar, o que ela sente como inadaptado à situação ou contrário à equidade.” Por isso, em um regime democrático, o juiz, detentor de um poder que é, deve prestar contas do modo como o usa mediante a motivação (PERELMAN, 1996, p. 565-566).

A transparência do raciocínio hermenêutico atende, portanto, ao imperativo ético político de que, no autêntico Estado de Direito, para serem legítimas, as decisões dos agentes públicos devem convencer àqueles a quem tenham a pretensão de obrigar. Embora não se possa negar que a atividade hermenêutica do aplicador do Direito está contaminada pelo subjetivismo do intérprete, uma vez que não é possível, a partir dos textos normativos, obter as únicas sentenças corretas, também não se pode negar que, no Estado de Direito, o resultado dessa atividade “só se tornará coletivamente vinculante se obtiver o consenso social, que, no caso, funcionará, se não como prova, pelo menos como sintoma de racionalidade” (COELHO, 1997, p. 48-50 e 58-59).

Assim, numa concepção de direito menos autoritária e mais democrática, o papel da retórica se torna indispensável, pois, para promover a pacificação social, o direito não deve ser somente obedecido, mas também reconhecido, e “ele será, aliás, tanto mais bem observado quanto mais largamente for aceito” (PERELMAN, 1996, p. 554).

A aceitação de um sistema de direito implica que se reconheça a legitimidade das autoridades que tem o poder de legislar, de governar e de julgar. Contudo, isso não basta. Se houver abuso de poder, se as decisões tomadas pelo poder parecem desarrazoadas, elas não

²⁰ A regra de que se fala não se trata do *texto normativo*, mas do *resultado do processo interpretativo*, dentro do que se enquadram as decisões judiciais (Nesse sentido, ver TORRES, 2012, p. 540-556, COELHO, 1997, p. 41-45, MULLER, 2013, p. 234-237, MULLER, 2011, p. 187-213, TROPER, 2008, p. 132-133, ÁVILA, 2005, p. 22-23, entre outros).

serão aceitas e o poder se arrisca a perder sua autoridade. Nessa perspectiva, o papel do juiz é contribuir para a aceitação do sistema, mostrando que suas decisões não são somente legítimas, mas também aceitáveis, porque razoáveis (PERELMAN, 1996, p. 554).

Nesse sentido, Perelman leciona que a motivação da decisão judicial, especialmente nas jurisdições superiores, para estabelecer a paz judiciária, deve convencer as partes, a opinião pública esclarecida e os profissionais do Direito de que a solução apresentada é a que mais se conforma ao Direito em vigor e é a mais adequada aos problemas que se procura resolver (PERELMAN, 1996, p. 567-569).

Nunca se deve perder de vista que o juiz, ao redigir uma sentença, não tem de exprimir uma opinião estritamente pessoal, ela deve corresponder a opinião comum. É necessário que a motivação da decisão demonstre suficientemente que esta é conforme o direito em vigor, tal como é entendido pelas instâncias superiores e pela opinião dos juristas qualificados. A função da motivação é tornar a decisão aceitável por juristas. Por isso, não basta que a decisão seja equitativa, ela precisa ser conforme o direito em vigor e aceitável como tal por aqueles que a examinarão (PERELMAN, 2004, p. 220 e 223).

Portanto, motivar uma sentença é indicar a legitimidade das escolhas feitas pelo juiz, fornecendo argumentação capaz de convencer as partes de que a sentença não resulta da tomada de posição arbitrária (PERELMAN, 2004, p. 222). Não é fundamentá-la de modo impessoal, mas justificá-la de forma a “persuadir um auditório, que deve se convencer de que a decisão é conforme às suas exigências”, pois o direito que se quer democrático “deve procurar, pela motivação, obter uma adesão arrazoada” (PERELMAN, 1996, p. 569-570).

Segundo Perelman, “é essa justificação, específica do raciocínio jurídico, que devemos examinar mais de perto”. E é por acreditar-se nisso, bem como em tudo que foi dito até aqui acerca da justificação das decisões judiciais, que se optou por realizar este estudo tendo como ponto de partida a análise detalhada dos argumentos jurídicos e da fundamentação normativa utilizada individualmente pelos ministros no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 25.116/DF e 24.781/DF.

A partir dessa análise, espera-se poder verificar se a mudança de jurisprudência do STF inaugurada com esses julgados foi bem fundamentada. Ou, em outras palavras, se o novo entendimento adotado, a partir de uma perspectiva intersubjetiva, construída pela dialética

entre os argumentos dos magistrados e a opinião da doutrina acerca tema, pode ser considerado coerente, razoável e conforme o direito em vigor.

Esse exame se torna ainda mais importante quando se trata de uma mudança de jurisprudência, como no caso em análise, pois, independentemente dos valores eleitos pela sociedade para fundamentar seu sistema normativo, a aplicação do direito deve satisfazer à necessidade racional de coerência e de regularidade (PERELMAN, 1996, p. 94).

Apresentados os fundamentos dos julgados, será possível investigar a dogmática dos princípios invocados na decisão para confrontar a opinião da doutrina com a tese neles adotada. Começa-se pela segurança jurídica, sobre a qual versa o capítulo 2.

Cabe esclarecer que a opção por destacar, tanto no título quanto no parágrafo introdutório, a *segurança jurídica* dos demais princípios que serão objeto deste estudo, não tem o intuito de retirar-lhe o caráter de princípio. Pelo contrário, o objetivo desse destaque é justamente ressaltar a abordagem de sobreprincípio que lhe será dada neste trabalho.²¹ É também por esse motivo que a segurança jurídica será o primeiro princípio abordado.

Conforme ensina Ávila, a segurança jurídica, dependendo do contexto e dos princípios com os quais se relaciona, pode assumir tanto o papel de princípio, como de sobreprincípio ou de subprincípio (ÁVILA, 2012, p. 637-640).

Contudo, no presente trabalho, ela é examinada, primordialmente, sob a dimensão de sobreprincípio – ou seja, como fim mais amplo a ser alcançado por meio da concretização de outros princípios (no caso, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo) – por ter sido esse o papel que ela assumiu nos julgados objeto da pesquisa.

Ao afirmar que o TCU, em respeito à segurança jurídica, deve garantir ao interessado o exercício do contraditório e da ampla defesa sempre que o processo administrativo instaurado para apreciar seu benefício previdenciário extrapolar um prazo razoável (fixado em cinco anos), o STF colocou essas garantias processuais como meios para a realização da segurança jurídica. Em outras palavras, ele buscou resguardar a segurança do ordenamento jurídico por meio da aplicação do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo.

²¹ A discussão acerca da possibilidade de hierarquia entre os princípios jurídicos será tratada no capítulo 2, em tópico específico.

Nesse contexto, o capítulo 2 analisa a decisão do STF no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 25.116/DF e 24.781/DF quanto à aplicação do princípio da segurança jurídica, tendo como foco especialmente dois aspectos: a possibilidade de realização da segurança jurídica por meio das garantias do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, e a coerência do termo *a quo* fixado para a contagem do prazo de cinco anos. O objetivo é verificar em que medida os fundamentos utilizados pelo STF para aplicar o princípio da segurança jurídica nos casos analisados são suficientes para demonstrar a razoabilidade da solução neles adotada, bem como se essa solução encontra amparo no ordenamento normativo vigente e na opinião da doutrina sobre o tema.

Conforme explica Ávila, a segurança jurídica em sentido amplo, a qual engloba a *segurança jurídica em sentido objetivo* e a *proteção da confiança*,²² possui elevado grau de abstração em razão da sua pluralidade semântica e assume diferentes funções dependendo do contexto em que está inserida, podendo ser examinada em vários aspectos, dimensões e perspectivas (ÁVILA, 2012, p. 77-89).²³ Por isso, inicialmente, verifica-se qual concepção do princípio foi empregada nos julgados. Nesse ponto, o capítulo 2 discorre sobre a fundamentação da segurança jurídica no ordenamento normativo brasileiro e esclarece a distinção e a relação entre a segurança jurídica em sentido objetivo e o princípio da proteção da confiança (dimensão subjetiva da segurança jurídica).

Em seguida, analisa-se a correção e a coerência do entendimento adotado pelo STF a partir seus próprios fundamentos, bem como do magistério doutrinário das principais obras que influenciaram a tese vencedora, da lavra de Miguel Reale (1996) e de Almiro do Couto e Silva (2005, 2004a e 2004b), acerca do poder de anulação dos atos Administrativos pela própria Administração Pública.

Feito isso, uma vez constatada a insuficiência tanto dos argumentos como das opiniões doutrinárias apresentadas pelos ministros na fundamentação dos julgados para justificar a

²² No presente trabalho, seguindo a linha da fundamentação dos julgados, bem como no magistério doutrinário sobre o tema (que será abordado no capítulo 2, em tópico específico sobre a distinção terminológica ente a segurança jurídica em sentido objetivo e a proteção à confiança), optou-se por utilizar o termo *princípio da proteção à confiança* ou apenas *princípio da confiança* para representar exclusivamente o *aspecto subjetivo* da segurança jurídica e, genericamente, o termo *princípio da segurança jurídica* para tratar do sobreprincípio, de caráter mais amplo, que engloba *os dois aspectos* da segurança jurídica, ou, ainda, para designar apenas seu *aspecto objetivo*.

²³ Para uma maior compreensão sobre o problema dessa imprecisão e sobre as diversas possibilidades de exame que a Segurança Jurídica comporta, ver ÁVILA (2012, p. 39-189).

solução neles adotada e esclarecer os questionamentos suscitados neste estudo, busca-se amparo para resolver o problema na teoria da segurança jurídica de Humberto Ávila.

Ávila trabalha com muita profundidade tema da segurança jurídica, procurando tratar dos diversos significados com os quais ela pode ser empregada e das perspectivas sob as quais pode ser examinada, a fim de, por meio um procedimento analítico, reduzir as suas ambiguidades enquanto princípio jurídico e, assim, poder definir os fins e os meios necessários a sua realização (ÁVILA, 2012, p. 39-189). Dessa forma, ele define a segurança jurídica como:

(...) uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade,²⁴ por meio da controlabilidade jurídico racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro (ÁVILA, 2012, p. 274).

Nesse ponto, a pesquisa, ao se valer da definição formulada por Humberto Ávila, por uma questão de coerência, também adota as demais definições, terminologias e classificações empregadas pelo autor ao tratar do princípio.

A opção por utilizar a teoria de Humberto Ávila decorre, em primeiro lugar, do seu alinhamento aos objetivos deste estudo, pois, ao mesmo tempo em que o autor vai além do que foi dito nos julgados objeto desta pesquisa ele também adota concepções compatíveis com as utilizadas pelos ministros. Isso permite dialogar com os precedentes judiciais e esclarecer as questões que não são respondidas apenas a partir da análise dos respectivos fundamentos.

Ávila procura “romper com o modo tradicional de análise da segurança jurídica (cético, parcial e vago) em favor da apresentação da segurança jurídica em toda a sua arquitetura” (ÁVILA, 2012, p. 79). Devido a essa abordagem ampla e sistematizada da segurança jurídica, sua obra fornece subsídios de grande utilidade para a compreensão dos questionamentos suscitados neste trabalho, pois possibilita que sejam analisados os diversos fundamentos,

²⁴ A distinção entre os termos *confiabilidade*, *calculabilidade* e *cognoscibilidade*, segundo a concepção empregada por Ávila, será abordada no capítulo 2.

elementos, aspectos e dimensões da segurança jurídica que se apresentam na discussão dos julgados.

Outra razão dessa escolha reside na preocupação de Humberto Ávila com a precisão terminológica das palavras que emprega e com a prévia definição da perspectiva que utiliza em cada caso. Considera-se essencial essa preocupação por observar-se que na dogmática jurídica as divergências colocadas pela doutrina, quando examinadas a fundo, muitas vezes decorrem mais de imprecisões terminológicas e das diferenças do enfoque adotado por cada autor para descrever determinado objeto do que da efetiva oposição de pensamentos.²⁵

Esse problema é especialmente comum quando se tratam de temas com elevado grau de abstração como a segurança jurídica, dada a pluralidade de significados, elementos, dimensões e perspectivas que o princípio comporta. Se esses pontos não forem previamente delimitados, torna-se difícil qualquer consenso doutrinário acerca do assunto, pois não há como haver acordo sobre um objeto quando ele é observado por ângulos diferentes ou quando, embora sob a mesma denominação, os objetos examinados são distintos.

A propósito, cabe mencionar que a completude e a coerência da obra de Ávila acerca da segurança jurídica também são ressaltadas por Almiro do Couto e Silva, cujos estudos foram a principal base doutrinária citada na fundamentação dos julgados. Ao prefaciar o livro de Ávila, Couto e Silva afirma não saber o que mais admira naquela obra:

(...) se o rigor lógico da sua análise, sempre caracterizada por número considerável de divisões e subdivisões, de classificações e subclassificações, de modo a permitir que a matéria seja examinada por todos os ângulos; se a erudição do autor, apoiada em impressionante pesquisa bibliográfica; se a harmonia existente entre as partes que compõem o livro; ou se a precisão dos conceitos empregados, em que ressalta sempre o refinado espírito científico do autor. (ÁVILA, 2012, p. 13).

Em complemento à teoria de Humberto Ávila, a pesquisa também recorre, ao tratar da segurança jurídica, ao magistério doutrinário de Misabel Abreu Machado Derzi, de Almiro do Couto e Silva e de Heleno Taveira Torres (que, assim como Ávila, realizou recentemente

²⁵ Um bom exemplo disso é registrado por Inocêncio Mártires Coelho quando, ao tratar das teorias de Ferdinand Lassalle, Konrad Hesse e Peter Haberle sobre a Constituição, observa que o pensamento desses autores possui muito em comum e que divergência entre suas teorias decorre, principalmente, da diferença de perspectivas por meio da qual cada um deles examinou a Constituição: Lassalle pela sociológica, Hesse pela jurídica, e Haberle pela hermenêutica (COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Haberle: um retorno aos fatores reais de poder. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, ano 25, n. 138, abril/junho, 1998, p. 185-191).

inventário das obras relacionadas ao tema),²⁶ procurando, sempre que possível, confrontar a opinião desses autores.²⁷

Ao final do capítulo, espera-se ter subsídio para responder as seguintes perguntas: Sob que dimensão e sob que perspectiva o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da segurança jurídica nos referidos julgados? Qual foi a concepção do princípio adotada pelo STF nos casos examinados? Qual a relação das garantias do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo com a segurança jurídica? Essas garantias são meio adequado para promover a segurança jurídica? O marco fixado para o início da contagem do prazo de cinco anos guarda coerência com a finalidade de proteger a segurança jurídica, conforme declarado nos julgados? Em suma, a fundamentação dos julgados é suficiente para justificar a solução adotada sob a perspectiva do princípio da segurança jurídica?

Por fim, o capítulo 3 examina os julgados sob as luzes dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, tendo como foco a incidência desses princípios nos processos Administrativos. Inicia apresentando considerações sobre a tutela

²⁶ As obras de Humberto Ávila e de Heleno Taveira Torres acerca da segurança jurídica foram elaboradas para concorrer à cadeira de Professor Titular de Direito Tributário da Universidade de São Paulo, como declaram os autores (ÁVILA, 2012, p. 22; e TORRES, 2012, p. 39). O concurso ocorreu em outubro de 2010, tendo como vencedor Humberto Ávila, com um voto a mais que Heleno Torres. Contudo, posteriormente o certame foi anulado (notícia disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-28/concurso-professor-titular-direito-tributario-anulado>>. Acesso em: 19 mai. 2014).

²⁷ As duas obras tratam com profundidade o tema da segurança jurídica, o que poderia suscitar questionamentos acerca da escolha de se trabalhar neste estudo com a teoria de Ávila ao invés da teoria de Torres. Sobre esses possíveis questionamentos, cabem alguns esclarecimentos. A despeito da profundidade da obra de Torres, a teoria deste é muito mais voltada para questões do sistema constitucional tributário, as quais fogem ao escopo deste trabalho, ao passo que a teoria de Humberto Ávila faz uma abordagem geral do princípio (que pode ser aplicada a qualquer ramo do direito) e a aplica ao campo do direito Tributário. Essa diferença de enfoque pode ser percebida tanto pela simples leitura do sumário dos dois livros como também pode ser extraída do objetivo que cada um deles se propôs a alcançar com os respectivos trabalhos. Torres declara que o objetivo do seu estudo é “apresentar uma teoria material da segurança jurídica baseada na concretização do sistema constitucional e dos valores veiculados por princípios, como medida de estabilidade e de correção funcional da interação entre competências tributárias e direitos e liberdades fundamentais.” Noutra passagem, estabelece o seguinte corte metodológico: “*Materialmente*, delimita-se o objeto da pesquisa pela qualificação da segurança jurídica como princípio constitucional que informa o conteúdo da ideia de ‘Sistema Tributário Nacional’ no Estado Democrático de Direito (...). Questões verificadas no plano da legalidade, dos atos administrativos ou das decisões judiciais somente serão alcançadas como decorrência das normas constitucionais examinadas, sem o propósito de esgotar essas derivações semânticas ou mesmo de ordem pragmática. Faz-se um corte metodológico baseado no *Sistema Constitucional Tributário*, e, por isso mesmo, *só de modo ancilar questões processuais ou de interação com outros sistemas, bem como com a própria dinâmica administrativa de aplicação, são versadas neste trabalho.*” (TORRES, 2012, p. 23 e 39, grifos acrescidos). Já Ávila, se propõe a “Reconstruir a segurança jurídica, em geral e no âmbito do Direito Tributário, como norma-princípio fundada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), por meio de um método capaz de progressivamente *reduzir a sua indeterminação e de atribuir-lhe a maior funcionalidade possível.*” (ÁVILA, 2012, p. 39, grifos acrescidos). Essas passagens revelam, que, a despeito da proximidade do tema tratado nas duas obras, o objetivo e o caminho traçados por Humberto Ávila guardam mais relação com o objeto desta pesquisa. Esse é um dos motivos, além dos outros já mencionados, que justifica a opção de trabalhar com a teoria de Ávila. Isso não obsta que, sempre que possível, se estabeleça um diálogo entre a opinião dos dois autores, a fim de enriquecer a pesquisa.

constitucional do processo no paradigma do Estado Democrático de Direito e sobre o devido processo legal, para depois adentrar a dogmática de cada um desses princípios e nas suas peculiaridades no âmbito do processo Administrativo.

Na atual concepção de Estado Democrático de Direito, consagrado no art. 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988,²⁸ o processo democrático deve ser aplicado mediante os ditames do modelo constitucional de processo, conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, tudo se tornou claro e explícito em nosso texto constitucional no tocante à garantia do devido processo legal como uma das garantias fundamentais sobre a qual se assenta o Estado Democrático brasileiro. O art. 5º, depois de proclamar o princípio geral da legalidade (inciso II)²⁹, assegurou que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV) e estabeleceu que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV) (THEODORO JÚNIOR, p. 15). Foi a primeira vez que nosso texto constitucional fez referência expressa à cláusula devido processo legal, uma tradução da locução inglesa *due process of law*, crida pelo direito anglo-saxão (BARBOSA MOREIRA, 2009, p. 53).

Além disso, a Constituição Federal Brasileira de 1988 ampliou o direito de defesa, elencando, expressamente, em seu art. 5º, inciso LV, as garantias do contraditório e da ampla defesa como direito de todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo. Tudo aquilo que antes era explícito apenas para o processo penal e para alguns casos específicos, como os processos de demissão de funcionário público ou de perda de direitos políticos (arts. 105, inciso II, 149 e 154 da Constituição Federal de 1967 após a Emenda Constitucional n. 1 de 1969), passou a ser endereçado, de forma clara e direta, ao processo civil e ao processo administrativo (THEODORO JÚNIOR, 1991, p. 15). Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, seguindo a mesma tendência, incluiu no texto constitucional a garantia da razoável duração do processo e a fez incidir sobre todos os processos, no âmbito judicial ou administrativo (art. 5º, inciso LXXVIII).

²⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:”

²⁹ “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

Assim, a Constituição assegura que onde houver um processo para solucionar um litígio, seja perante a Justiça, seja perante a Administração, presente estará a garantia constitucional do *due process of law* em toda sua extensão.

Dentre as garantias fundamentais que compõem o devido processo legal, o presente trabalho se atém ao exame dos princípios contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, em torno dos quais, no que diz respeito às normas constitucionais processuais, se desenvolveram os principais argumentos jurídicos e fundamentos normativos utilizados pelos ministros do STF no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 24.781/DF e 25.116/DF. Ao apreciá-los, o Supremo Tribunal Federal, tratando da incidência desses princípios no âmbito dos processos administrativos, notadamente dos processos que tramitam perante o TCU, os invocou para invalidar decisões daquela Corte de Contas, sob o argumento de querer garantir a segurança do ordenamento jurídico.

Assim, antes de analisar os *mandamus*, é importante compreender o conteúdo e a significação que esses princípios assumem no direito processual contemporâneo, especialmente no que diz respeito ao campo do processo administrativo, para, depois, aplicar esses conceitos no exame dos casos concretos. Nesse ponto, o estudo se vale dos ensinamentos de autores como Humberto Theodoro Júnior, Dierle José Coelho Nunes, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, José Rogério Cruz e Tucci, Nelson Nery Júnior, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Luiz Guilherme Marinoni, Ada Pellegrini Grinover, Odete Medauar, Bernardo Strobel Guimarães e Vitor Rhein Schirato.

A doutrina processual não costuma diferenciar o contraditório da ampla defesa, de forma a delimitar cada um dos princípios, contudo alguns doutrinadores apontam distinções entre esses conceitos. Nesse sentido, Felipe Camilo Dall'Alba, na tentativa de estabelecer essa diferenciação, conclui que “o contraditório é obrigatório, significando o direito de informação, enquanto a ampla defesa é facultativa, significando a possibilidade de reação”. O contraditório e a ampla defesa apresentariam, assim, grandezas diversas: “o primeiro com a função, que é obrigatória, de informar os acontecimentos do processo, o segundo com o direito de reagir, que por sua vez não é obrigatório no sentido de impor à parte que apresente qualquer tipo de manifestação” (DALL'ALBA, 2007, p. 263 e 272).

De forma semelhante, Vladimir da Rocha França afirma que, embora fortemente relacionados, é possível estabelecer um corte entre esses dois conceitos, de forma a ver o

contraditório como pressuposto para a ampla defesa, pois sem que a parte “conheça a existência do processo ou mesmo a iminência da medida que o atingirá, defesa alguma é efetivamente viável”. Na opinião de França, “a ampla defesa deve ser consequência do contraditório, quando o administrado não se resigna do que conheceu” (FRANÇA, 2001, p. 200).

Não parece, todavia, que esse seja o melhor entendimento, na medida em que restringe excessivamente o conceito de contraditório, não se amoldando ao tratamento que a maior parte da doutrina dá ao princípio. Nesse sentido, cabe mencionar, a título de exemplo, os ensinamentos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que atribui ao princípio significado mais amplo, pois defende que o contraditório “não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes” (OLIVEIRA, 1998, p. 8-9).

Também Humberto Theodoro Júnior fala do contraditório em perspectiva mais abrangente, ao defender que o contraditório não pode mais ser analisado somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas como possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 2).

Na mesma toada, Nelso Nery Júnior, em sua obra sobre os princípios do processo civil na constituição, trata do contraditório e da ampla defesa em um único tópico, intitulado de “princípio do contraditório”, chegando a afirmar que “o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório” (NERY JÚNIOR, 2008, p. 170-171).

Nesse contexto, a despeito das distinções traçadas por alguns doutrinadores, no presente estudo, optou-se por examinar conjuntamente o contraditório e a ampla defesa sem procurar diferenciá-los. Isso porque, como já registrado, o objetivo da pesquisa é apresentar sobre os citados princípios o subsídio teórico necessário para a análise dos julgados, tarefa que prescinde de maior investigação sobre essa distinção. Ademais, embora os dois conceitos não sejam completamente idênticos, o fato é que há entre eles forte relação. Um é pressuposto

para o outro, não havendo como abordá-los de forma isolada.³⁰ É por isso que não só a doutrina e a jurisprudência frequentemente mencionam ambos sem estabelecer diferenças, como a Constituição Federal de 1988 também lhes dá tratamento conjunto.³¹

Como resultado das opiniões doutrinárias colhidas ao longo do capítulo 3, espera-se conhecer o conteúdo e o significado atribuído a cada um dos princípios anteriormente mencionados no atual modelo do Direito brasileiro, saber os fins que eles estabelecem e os comportamentos que precisam ser adotados para que esses fins sejam alcançados de forma a tornar o processo de aplicação das normas mais seguro.

De posse dessas informações, será possível confrontá-las com os casos concretos com vistas a responder o questionamento que constitui o principal escopo deste trabalho, o qual consiste em verificar em que medida e sob que aspectos a solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 24.781/DF e 25.116/DF, efetivamente vai, ou não, ao encontro da realização material dessas garantias processuais e se, com isso, a decisão prestigia a segurança jurídica, tal qual se propõe a fazer.

Caso as hipóteses adotadas na pesquisa se confirmem, concluindo-se, de uma maneira geral, que a resolução dada pelo STF não é a que melhor se amolda ao ordenamento jurídico vigente, pretende-se ter fornecido insumos para, ao menos em parte, encontrar soluções alternativas para o problema capazes de concretizar em maior grau os princípios aqui investigados, de modo que este estudo possa contribuir de alguma forma com as discussões levantadas.

³⁰ Nesse sentido, Juliano Vitor Lima ressalta que “as garantias do contraditório e da ampla defesa são intimamente ligadas, porque da oportunidade de defesa brota o contraditório e, pela informação que se dá pelo contraditório, faz-se possível a defesa” (LIMA, 2008, p. 243).

³¹ A propósito, a dificuldade teórica e prática de separar com precisão os conceitos e desdobramentos desses princípios, em razão da forma associada como frequentemente são tratados pela jurisprudência e pela doutrina, é ressaltada por Bernardo Strobel Guimarães (2010, p. 121).

Capítulo 1 – OS MANDADOS DE SEGURANÇA NS. 25.116/DF e 24.781/DF: ESTUDO DOS CASOS

No presente capítulo, são examinados os julgamentos dos Mandados de Segurança ns. 25.116/DF e 24.781/DF, dando-se ênfase às circunstâncias fáticas, aos fundamentos normativos e aos argumentos jurídicos que, direta ou indiretamente, dizem respeito à aplicação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da razoável duração do processo e da segurança jurídica.

Como dito, esses precedentes, que inauguraram uma mudança na jurisprudência até então dominante no STF, têm como questão de fundo a tutela da segurança jurídica por meio da aplicação dos princípios da razoável duração do processo, do contraditório e da ampla defesa no âmbito dos processos de controle externo por meio dos quais o Tribunal de Contas da União aprecia a legalidade de benefícios previdenciários estatutários concedidos pela Administração Pública Federal.

Essa tarefa exercida pelo TCU decorre de uma das competências que lhe foram atribuídas pela Constituição, para que o órgão cumpra a sua missão institucional de auxiliar ao Congresso Nacional a realizar, mediante controle externo, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (art. 70, *caput*, da Constituição Federal de 1988). Nos termos do art. 71, inciso I, da Constituição Federal de 1988, compete ao TCU:

I - 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.

No caso das concessões de aposentadorias, reformas e pensões – objeto dos Mandados de Segurança ns. 25.116/DF e 24.781/DF –, a autoridade administrativa responsável pelo ato concede o benefício e remete os dados necessários para o órgão de controle interno competente, o qual emite parecer sobre a legalidade desse ato e o disponibiliza ao TCU, nos

termos do art. 260 do Regimento Interno do TCU.³² Na Corte de Contas o ato é submetido à análise da unidade técnica especializada, a parecer do Ministério Público junto ao TCU e, depois, apreciado por uma das Câmaras ou pelo Plenário do Tribunal (LEITE, 2009, p. 9).

Ao órgão ou entidade a que se vincula o servidor ou beneficiário do ato incumbe, portanto, o dever de emitir a concessão em conformidade com a legislação pertinente e submetê-lo ao TCU, a quem cabe apreciar a adequação jurídica do ato emitido sob os mais variados ângulos (forma, competência, conteúdo etc.). O papel do TCU não se restringe à simples homologação ou não dos atos, trata-se de atividade finalística de controle e processual, podendo, inclusive, envolver diligências ao órgão ou entidade de origem nas situações de possível recusa de registro do ato examinado (JARDIM, 2006, p. 406).

Conforme dispõem o art. 262 do Regimento Interno do TCU,³³ se o Tribunal recusar o registro da concessão, por considerá-la ilegal, como consequência, o órgão de origem deverá cessar todo e qualquer pagamento dos proventos ou benefícios dela decorrentes, sob pena de responsabilização da autoridade administrativa omissão.

Atualmente, ainda prevalece no STF a tese de que as referidas concessões se caracterizam como atos administrativos de natureza complexa, entendidos esses como “aqueles cuja vontade final da Administração exige a intervenção de agentes ou órgãos diversos, havendo certa autonomia, ou conteúdo próprio em cada uma das manifestações” (CARVALHO FILHO, 2005, p. 112). Assim, segundo a jurisprudência da Suprema Corte, acompanhada pelo TCU,³⁴ esses atos só se aperfeiçoam com seu exame e posterior autorização de registro pelo TCU.³⁵⁻³⁶

³² “Art. 260. Para o exercício da competência atribuída ao Tribunal, nos termos do inciso III do art. 71 da Constituição Federal, a autoridade administrativa responsável por ato de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, a que se refere o artigo anterior, submeterá os dados e informações necessários ao respectivo órgão de controle interno, que deverá emitir parecer sobre a legalidade dos referidos atos e torná-los disponíveis à apreciação do Tribunal, na forma estabelecida em ato normativo. § 1º O Tribunal determinará o registro dos atos que considerar legais e recusará o registro dos atos considerados ilegais.”

³³ “Art. 262. Quando o ato de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão for considerado ilegal, o órgão de origem fará cessar o pagamento dos proventos ou benefícios no prazo de quinze dias, contados da ciência da decisão do Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa.”

³⁴ À guisa de exemplo, citam-se os Acórdãos ns. 41/2008 e 597/2004, da Primeira Câmara, 1.697/2003 e 85/2004, da Segunda Câmara, 241/2006 e 559/2005, do Plenário, e a Decisão n. 1.020/2000, também do Plenário.

³⁵ Nesse sentido, são os seguintes precedentes do STF: Mandado de Segurança n. 28.929/DF (Relatora: Min. Cármen Lúcia, DJ 16/11/2011), Mandado de Segurança n. 25.697/DF (Relatora: Min. Cármen Lúcia, DJ 05/03/2010), Mandado de Segurança n. 25.552/DF (Relatora: Min. Cármen Lúcia, DJ 30/05/2008), Mandado de Segurança n. 25.409/DF (Relator: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18/05/2007), Mandado de Segurança n. 25.072/DF (Relator: Min. Marco Aurélio, DJ 27/04/2007), Recurso Extraordinário n. 195.861/ES (Relator: Min.

Da suposta natureza complexa dos atos concessórios de aposentadorias, reformas e pensões, decorrem duas consequências que merecem ser destacadas no presente estudo. A primeira, de acordo com essa tese ainda dominante no STF, consiste na inaplicabilidade do prazo decadencial estabelecido no art. 54 da Lei n. 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), de cinco anos, para a Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários. Isso sob o argumento de que, tratando-se de atos complexos, essas concessões não estão sujeitas aos efeitos da decadência antes de serem apreciadas pelo TCU, pois são considerados atos imperfeitos e inacabados, cujos efeitos, produzidos em caráter precário, não se incorporam ao patrimônio jurídico do beneficiário.³⁷

A segunda consequência, de acordo com o entendimento do STF, é a ausência de necessidade do chamamento do interessado na concessão para se manifestar no processo perante o TCU, sob o fundamento de que, nesses casos, não há a figura do litigante, sem o que não há falar em direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa. Isso porque, a apreciação pela Corte de Contas é um “ato de auditoria”, realizado em uma relação “endoadministrativa”, sem o envolvimento dos interessados.³⁸

Nesse sentido, esclarecem Aguiar, Albuquerque e Medeiros que o TCU pode considerar ilegal uma aposentadoria, determinando a cassação de todos os seus efeitos sem oferecer o contraditório e a ampla defesa ao aposentado, uma vez que o interessado ainda não garantiu por completo sua aposentadoria, porquanto o ato jurídico ainda não se aperfeiçoou. Para os autores, o registro é, em suma, o último estágio para o aperfeiçoamento dos atos complexos,

Marco Aurélio, DJ 17/10/1997), Mandado de Segurança n. 19.861/DF (Relator: Min. Djaci Falcão, Relator para Acórdão: Min. Carlos Thompson Flores, sessão de 31/03/1971) e Recurso de Mandado de Segurança n. 9.631/PR (Relator: Min. Cândido Mota Filho, Sessão de 21/05/1962), entre outros.

³⁶ Sobre as divergências acerca da classificação das concessões de aposentadorias, reformas e pensões como sendo atos administrativos complexos, ver observações feitas nas notas de rodapé ns. 3 e 10 deste trabalho.

³⁷ Nessa linha, os seguintes precedentes: Mandado de Segurança n. 26.919/DF (Relator: Min. Marco Aurélio, DJ 23/05/2008), Mandado de Segurança n. 25.072/DF (Relator: Min. Marco Aurélio, DJ 27/04/2007), 25.256/PB (Relator: Min. Carlos Velloso, DJ 24/03/2006), Mandado de Segurança n. 25.192/DF (Relator: Min. Eros Grau, DJ 06/05/2005), 25.090 (Relator: Min. Eros Grau, DJ 01/04/2005), Mandado de Segurança n. 24.859 (Relator: Min. Carlos Velloso, DJ 27/08/2004), entre outros.

³⁸ Esse entendimento foi registrado, por exemplo, nos seguintes julgados: Mandado de Segurança n. 26.085/DF (Relatora: Min. Cármen Lúcia, DJ 13/06/2008), Mandado de Segurança n. 25.409/DF (Relator: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18/05/2007), 25.072/DF (Relator: Min. Marco Aurélio, DJ 27/04/2007), Mandado de Segurança n. 25.440/DF (Relator: Min. Carlos Velloso, DJ 28/04/2006), Mandado de Segurança n. 25.256/PB (Relator: Min. Carlos Velloso, DJ 24/03/2006), Mandado de Segurança n. 24.784/PB (Relator: Min. Carlos Velloso, DJ 25/06/2004) e Agravo Regimental na Suspensão da Segurança n. 514/AM (Relator: Min. Octavio Gallotti, DJ 03/12/1993).

que produzem efeitos e são eficazes desde a sua emissão (AGUIAR, ALBUQUERQUE E MEDEIROS, 2011, p. 220).³⁹

De acordo com a jurisprudência atual do STF, essa consequência só se aplica quando se tratar da primeira apreciação do ato pelo TCU, pois, nos casos de sua revisão, pela ilegalidade ou cassação, há necessidade de contraditório prévio, consoante decidido no Mandado de Segurança n. 24.268/MG (MS 24.268)⁴⁰⁻⁴¹ e consubstanciado na parte final do Enunciado Vinculante n. 3 do STF, *in verbis*:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, **excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão** (Relatora: Mina. Ellen Gracie, Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, DJ 17/09/2004, grifo nosso).

Na prática, a ciência pessoal dos titulares dessas concessões, por iniciativa do TCU, só ocorre após a prolação do acórdão que determina ou recusa o registro do ato, de forma que o ingresso deles na relação processual tende a se restringir à fase de recursos, em que é facultada a interposição de “pedido de reexame”, conforme a regulamentação da matéria no Regimento Interno do TCU, art. 286. Assim, como observa Jardim, a prática, respaldada pelo referido entendimento do STF, sugere ser apenas parcial a incidência da ampla defesa e do contraditório em sede desses processos de controle externo de atos de pessoal para fins de

³⁹ Cabe esclarecer que a produção de efeitos desde a sua emissão é uma característica desses atos de concessão, não fazendo parte, contudo, do conceito de ato complexo consagrado na doutrina. Aliás, é por causa dessa característica das concessões de aposentadoria, reforma e pensão, que alguns autores questionam se, efetivamente, elas seriam atos complexos (ver nota n. 3).

⁴⁰ EMENTA: “Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)” (Relatora: Min. Ellen Gracie, Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, DJ 17/09/2004).

⁴¹ Sobre a matéria, ver: Sandro Granjeiro Leite, 2009, p. 10; e André Luis de Carvalho (2007, p. 6-20).

registro, pois não é assegurado ao interessado a participação em todo o arco do procedimento (JARDIM, 2006, p. 406).

Recentemente, no julgamento do MS 25.116, objeto deste estudo, o STF relativizou o entendimento contido na parte final da Súmula Vinculante⁴² n. 3 daquela Corte, criando exceção à exceção prevista no referido verbete. Ao julgá-lo, o Tribunal adotou a tese de que, transcorridos cinco anos sem a apreciação do ato pelo TCU, em respeito ao princípio da segurança jurídica, há a necessidade de se assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa aos interessados.⁴³ Com relação ao termo *a quo* para a contagem do prazo, posteriormente, no julgamento do MS 24.781, que também será analisado neste trabalho, foi fixado o entendimento de que deve ser considerada a entrada do ato no TCU.⁴⁴

Dessa forma, a tese construída nos dois julgados que serão aqui examinados é a de que, passados mais de cinco anos da entrada do ato de concessão de aposentadoria ou pensão no TCU sem a correspondente apreciação, aquela Corte de Contas continua podendo apreciá-lo. Contudo, o transcurso do prazo quinquenal, por aumentar a confiança depositada no ato, faz nascer para o interessado a garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa.

Criou-se, portanto, exceção à exceção prevista na parte final da Súmula Vinculante n. 3, incluindo-se limite temporal até então não existente no verbete, o qual poderia ser reescrito da seguinte forma: nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, **desde que realizada em um prazo máximo de cinco anos após a entrada do ato no Tribunal.**

⁴² A despeito da impropriedade apontada por alguns autores, utilizaremos o termo *súmula vinculante* neste estudo por ser a nomenclatura empregada pelo texto Constitucional. Contudo, cabe deixar registrada a crítica feita por José Carlos Barbosa Moreira. Este registra que a palavra *súmula*, inclusive em documentos oficiais, não é empregada com referência a cada uma das proposições ou teses jurídicas consagradas pela Corte, se não para designar o respectivo conjunto, que lhe resume a jurisprudência; essa é, aliás, a etimologia acolhida pelos dicionários que definem *súmula* como um breve resumo, uma sinopse (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 303, nota n. 6).

⁴³ No mesmo sentido, cita-se o Mandado de Segurança n. 25.403/DF (Relatora: Min. Ellen Gracie, Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, DJ 10/2/2011).

⁴⁴ Posteriormente, foram proferidos os seguintes precedentes na mesma linha: Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 28.711/DF (Relator: Min. Dias Toffoli, DJ 24/09/2012), Mandado de Segurança n. 25.568/DF (Relatora: Min. Rosa Weber, DJ 10/05/2012), Mandado de Segurança n. 28.520/PR (Relator: Min. Ayres Britto, DJ 02/04/2012), Mandado de Segurança n. 28.720/DF (Relator: Min. Ayres Britto, DJ 02/04/2012), Mandado de Segurança n. 27.640/DF (Relator: Min. Ricardo Lewandowski, DJ 19/12/2011) e Mandado de Segurança n. 28.333/DF (Relator: Min. Ricardo Lewandowski, DJ 27/02/2012), entre outros.

1.1 O julgamento do Mandado de Segurança n. 25.116/DF⁴⁵

O MS 25.116 foi impetrado contra acórdão por meio do qual o TCU considerou ilegal o ato de aposentadoria do impetrante, servidor do Instituto Brasileiro de Ciência e Estatística – IBGE, e determinou que a autoridade competente fizesse cessar o pagamento de seus proventos.⁴⁶

A aposentadoria, concedida pela Administração do IBGE em 16 de dezembro de 1998 e publicada no Diário Oficial da União em 18 de dezembro de 1998, foi considerada ilegal em razão do cômputo indevido do tempo de serviço referente a atividades exercidas pelo interessado entre os anos de 1970 e 1973, o qual fora prestado sem contrato formal e sem o recolhimento das correspondentes contribuições previdenciárias.

⁴⁵ EMENTA: “MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA DE REGISTRO A APOSENTADORIA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O impetrante se volta contra o acórdão do TCU, publicado no Diário Oficial da União. Não exatamente contra o IBGE, para que este comprove o recolhimento das questionadas contribuições previdenciárias. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. 2. Infundada alegação de carência de ação, por ausência de direito líquido e certo. Preliminar que se confunde com o mérito da impetração. 3. A inércia da Corte de Contas, por mais de cinco anos, a contar da aposentadoria, consolidou afirmativamente a expectativa do ex-servidor quanto ao recebimento de verba de caráter alimentar. Esse aspecto temporal diz intimamente com: a) o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito; b) a lealdade, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa (*caput* do art. 37). São de se reconhecer, portanto, certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público, mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de aposentadoria. 4. A manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupar. A própria Constituição Federal de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. Pelo que existe uma espécie de tempo constitucional médio que resume em si, objetivamente, o desejado critério da razoabilidade. Tempo que é de cinco anos (inciso XXIX do art. 7º e arts. 183 e 191 da CF; bem como art. 19 do ADCT). 5. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido *in albis* o interregno quinquenal, a contar da aposentadoria, é de se convocar os particulares para participarem do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 6. Segurança concedida.” (Relator: Min. Ayres Britto, DJ 10/02/2011).

⁴⁶ “Sumário: Aposentadoria. Prestação de serviços em caráter eventual, sem vínculo empregatício e sem o recolhimento da contribuição previdenciária. Ilegalidade dos atos. Recusa de registro. Determinação ao órgão concedente para cessação de pagamentos das concessões impugnadas. Dispensa de ressarcimento de quantias recebidas de boa-fé.” (Acórdão n. 2.087/2004 – TCU – 1ª Câmara, Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça, DOU 25/08/2004).

O impetrante pleiteava a anulação da decisão do TCU, argumentando, entre outras alegações,⁴⁷ que houve violação do devido processo legal, pois, passados mais de vinte anos do reconhecimento administrativo do tempo de serviço que prestou e, ainda, depois de quase seis anos contínuos de inatividade, não poderia ver sua aposentadoria desfeita sem que lhe fosse assegurada a oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa.

No que diz respeito ao contraditório e à ampla defesa, o TCU, ao prestar informações, defendeu que o não chamamento do servidor para participar do processo de controle externo que examina atos de pessoal não configura afronta a esses princípios, uma vez que a determinação da Corte de Contas é dirigida ao órgão que emite o ato, não ao seu beneficiário.

1.1.1 Voto do Ministro Ayres Britto

Em seu voto, Ayres Britto começou rememorando o entendimento adotado pela Corte no MS 24.268.⁴⁸ Este tratou de decisão do Tribunal de Contas da União⁴⁹ que determinou o cancelamento da pensão especial da impetrante após dezoito anos da concessão do benefício, ocorrida em 1984. A impetrante alegava, em síntese, que o TCU, sem ouvi-la, na condição de beneficiária adotada, em ato atentatório à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, ao direito adquirido e à coisa julgada, decidiu, unilateralmente, cancelar o pagamento de sua pensão especial, concedida há dezoito anos. O STF, por maioria, deferiu a segurança, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, para, em respeito à segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito, determinar a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Na ocasião do julgamento do referido precedente, os ministros estabeleceram a distinção entre a atuação administrativa que independe da audiência do interessado (caso da apreciação de concessões *iniciais* de aposentadorias, reformas e pensões) e a decisão que,

⁴⁷ O impetrante também argumentou que a Corte de Contas acompanhou de forma simplista o parecer do controle interno e que não foi realizada diligência para verificar a veracidade da suposta ausência do recolhimento das contribuições previdenciárias. Contudo, esses argumentos foram suprimidos por fugirem ao escopo do presente estudo.

⁴⁸ A ementa deste julgado está transcrita na introdução, na nota de rodapé n. 40.

⁴⁹ EMENTA: “Pensão Especial da Lei 6.782/80. Filha adotiva. Ausência de comprovação legal da adoção da interessada. Ilegalidade. Aplicação da Súmula 106 do TCU.” (Decisão n. 270/2001 – TCU – 2ª Câmara, Relator: Ministro Ubiratan Aguar, DOU 23/10/2001).

unilateralmente, cancela decisão anterior. Como base nisso, adotaram o entendimento segundo o qual, tendo em vista que o direito de defesa foi ampliado pela Constituição Federal de 1988, quando o TCU cancela decisão anterior que afeta direitos individuais, considerando ilegal ato já apreciado e cujo registro foi autorizado, deve respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o ato já estava perfeito e acabado.

Contudo, tratando-se de concessões iniciais de aposentadoria, reforma e pensão, foi mantido o posicionamento segundo o qual, nesses casos, em regra, não caberia ao TCU, ao apreciá-las, o dever de garantir aos seus beneficiários o exercício do contraditório e da ampla defesa. Isso porque, segundo a jurisprudência dominante do STF, antes do pronunciamento da Corte de Contas, essas concessões, por serem classificadas como atos complexos, não se aperfeiçoariam nem se integrariam ao patrimônio jurídico do servidor, razão pela qual não assistiria ao interessado o direito de ser ouvido. Além disso, tratar-se-ia de uma relação tipicamente “endo-administrativa”, entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública.

Após mencionar o MS 24.268, o Ministro Ayres Britto voltou à análise do caso concreto envolvido no MS 25.116, que, por se tratar de concessão inicial de aposentadoria, enquadrar-se-ia na segunda situação acima mencionada. Ou seja, de acordo com o precedente em questão, o impetrante não possuiria o direito de ser chamado pelo TCU para participar do processo administrativo que apreciou sua aposentadoria. Contudo o Relator, chamando atenção para o fato de a recusa do registro pelo TCU ter ocorrido quase seis anos após a concessão unilateral do benefício pela Administração, propôs uma análise mais detida da matéria (fl. 118 dos autos).

Argumentou o Ministro que o gozo da aposentadoria por um lapso prolongado de tempo confere um tónus de estabilidade ao ato, ensejando questionamento acerca da incidência dos princípios da segurança jurídica e da lealdade (proteção da confiança) (fl. 118 dos autos).

Sobre tais princípios, citou os seguintes ensinamentos de Canotilho acerca da distinção entre o princípio da segurança jurídica em sentido objetivo e o princípio da proteção da confiança:

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem

jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos e em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; (2) de forma que em relação a esses o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos de seus próprios atos. Deduz-se, já, que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial (CANOTILHO, 2010, p. 257)

Em seguida, trouxe estudo do professor Almiro do Couto e Silva⁵⁰ no qual o autor tece considerações sobre o conflito da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica, ressaltando o entendimento, a muito adotado no direito francês, de que, de uma parte, a revogação de atos administrativos não cabia quando existissem direitos subjetivos deles provenientes e, de outra, de que os atos maculados de nulidade só poderiam ser anulados pela Administração Pública no prazo de dois meses, mesmo prazo concedido para os particulares postularem a invalidade dos atos administrativos (COUTO E SILVA, 2004a, p. 24-25).⁵¹

Como base nessas considerações doutrinárias, o Ministro Ayres Britto afirmou que, a partir da manifestação formal do IBGE, o impetrante passou a gozar da sua aposentadoria, por cinco anos e oito meses, até que o TCU determinou a suspensão dos pagamentos sem ouvi-lo (fl. 118 dos autos). Diante disso, argumentou:

Pois bem, considerando o *status* constitucional do direito à segurança jurídica (art. 5º, *caput*),⁵² projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e elemento conceitual do Estado de Direito, tanto quanto levando em conta a lealdade como um dos conteúdos do princípio da moralidade administrativa (*caput* do art. 37),⁵³ faz-se imperioso o reconhecimento de certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público. Mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse poder, como no caso do ato de aposentadoria.

⁵⁰ Os posicionamentos doutrinários de Almiro do Couto e Silva também foram utilizados pelo Ministro Gilmar Mendes no voto condutor do mencionado MS 24.268, o qual, com se verá ao longo deste estudo, foi o principal precedente invocado na fundamentação dos julgados objeto da presente pesquisa.

⁵¹ Optou-se por fazer referência à obra publicada em 2004 pela Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, à qual se teve acesso, embora o trecho citado pelo Ministro Ayres Britto seja de uma publicação mais antiga, datada de 1988.

⁵² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

⁵³ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”.

Em situações como essa, é até intuitivo que a manifestação desse órgão constitucional de controle externo há que se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupala. Quero dizer: a definição jurídica das relações interpessoais ou mesmo coletivas não pode se perder no infinito. Não pode descambar para o temporalmente infundável, e a própria Constituição de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser (fls. 122 a 123 dos autos).

Nesse sentido, o Ministro Ayres Britto citou os institutos da prescrição e da decadência, previstos em diversas passagens do texto constitucional (a exemplo do art. 7º, inciso XXIX, do art. 37, § 5º, do art. 53, § 5º, e do art. 146, inciso III, alínea b),⁵⁴ e mencionou que, mais recentemente, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, a Constituição passou a albergar a razoável duração do processo, inclusive administrativo (art. 5º, inciso LXXVIII),⁵⁵ concluindo que, determinadas pautas temporais são, em si mesmas, um aspecto tão relevante da vida que chegam a merecer direto tratamento constitucional (fls. 123-124 dos autos).

Feito isso, Ayres Britto passou a tentar definir uma espécie de tempo médio razoável para a atuação do TCU. Para tanto, buscou amparo novamente na doutrina de Almiro do Couto e Silva, para quem, desde a Lei da Ação Popular, o prazo prescricional para a Administração Pública invalidar seus próprios atos é de cinco anos (COUTO E SILVA, 2004b, p. 113).⁵⁶

⁵⁴ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

“Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (...) § 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato”.

“Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”.

⁵⁵ “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

⁵⁶ Optou-se por fazer referência à obra publicada em 2004 pela Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, à qual se teve acesso, embora o trecho citado pelo Ministro Ayres Britto seja de uma publicação mais antiga, datada de 1996.

Corroborando esse referencial de cinco anos, Britto colacionou, como exemplo, os seguintes dispositivos normativos que o adotam: art. 54 da Lei n. 9.784/1999⁵⁷ (prazo decadencial para a Administração Pública invalidar os próprios atos), arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional⁵⁸ (prescrição e decadência do crédito tributário), art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988⁵⁹ (estabilidade dos servidores admitidos antes da Constituição de 1988 sem concurso público), arts. 183 e 191 da Constituição Federal de 1988⁶⁰ (usucapião extraordinária), e art. 7º, inciso XXIX da Constituição Federal de 1988⁶¹ (prescrição dos créditos trabalhistas) (fls. 126-129 dos autos). A partir desse raciocínio, concluiu:

Bem vistas as coisas, então, já se percebe que esse referencial de 5 anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame da legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Isso na acepção de que, ainda não alcançada a consumação do interregno quinquenal, não é de se convocar os particulares para participar do processo de seu interesse. Contudo, transcorrido *in albis* esse período, ou seja, quando silente a Corte de Contas por todo o lapso quinquenal, tenho como presente o direito líquido e certo do interessado para figurar nesse tipo de relação jurídica, exatamente para o efeito do desfrute das garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV).

Em palavras outras: do exame do ordenamento jurídico brasileiro em sua inteireza é possível concluir pela existência de uma norma que bem se aplica aos processos de contas. Que norma? Essa que assegura ao interessado o direito líquido e certo de exercitar as garantias do contraditório e da ampla defesa, sempre que uma dada Corte de Contas deixar de apreciar a legalidade de um ato de concessão de pensão, aposentadoria ou reforma fora do multicitado prazo de cinco anos. Isso pela indesmentida proposição de que,

⁵⁷“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decaí em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.”

⁵⁸“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: (...) Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.”

⁵⁹“Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.”

⁶⁰“Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.”

“Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.”

⁶¹“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

por vezes, a norma jurídica se encontra não num particularizado dispositivo, mas no conjunto orgânico de vários deles (fls. 129-130 dos autos).

Como base nesses fundamentos, o Ministro votou no sentido de conceder a segurança para anular o Acórdão do TCU, tão somente no que se refere ao impetrante e para o fim de se lhe assegurar a oportunidade do uso das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (fl. 131 dos autos).

1.1.2 Debates Oraís após o voto do Relator

Apresentado o voto do Relator, o Ministro Cezar Peluso afirmou também entender que “a hipótese é análoga a da anulação dos atos administrativos”, devendo receber tratamento semelhante aos atos administrativos que produzem efeitos favoráveis ao administrado. Ressaltou que o ato, embora sujeito à confirmação do TCU, “guarda toda aparência de legalidade, enquanto provindo da administração”, de forma que a pessoa que se aposenta e está recebendo proventos, em regra, o faz convicta de que a aposentadoria é definitiva. Afirmou, ainda, que há precedente nesse sentido, invocando o Mandado de Segurança n. 24.927/RO⁶². Este tratou de ato de concessão inicial de pensão cancelada pelo TCU após

⁶² EMENTA: 1. LEGITIMIDADE. Passiva. Mandado de segurança. Autoridade tida por coatora. Pensão previdenciária. Cancelamento. Ato determinado em acórdão do Tribunal de Contas da União. Legitimação passiva exclusiva deste. Execução por parte do Gerente Regional de Administração do Ministério da Fazenda. Irrelevância. Autoridade tida por coatora, para efeito de mandado de segurança, é a pessoa que, *in statu assertionis*, ordena a prática do ato, não o subordinado que, em obediência, se limita a executar-lhe a ordem. 2. MANDADO DE SEGURANÇA. Pensão previdenciária. Cancelamento. Ato determinado em acórdão do Tribunal de Contas da União. Conhecimento pelo interessado que não participou do processo. Data da ciência real, não da publicação oficial. Ação ajuizada dentro do prazo. Decadência não consumada. Preliminar repelida. Precedentes. No processo administrativo do Tribunal de Contas da União, em que a pessoa prejudicada pela decisão não foi convidada a defender-se, conta-se o prazo para ajuizamento de mandado de segurança a partir da ciência real do ato decisório, não de sua publicação no órgão oficial. 3. SERVIDOR PÚBLICO. Vencimentos. Pensão previdenciária. Pagamentos reiterados à companheira. Situação jurídica aparente e consolidada. Cancelamento pelo Tribunal de Contas da União, sem audiência prévia da pensionista interessada. Procedimento administrativo nulo. Decisão ineficaz. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Violação de direito líquido e certo. Mandado de segurança concedido. Ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da CF. Precedentes. É nula a decisão do Tribunal de Contas da União que, sem audiência prévia da pensionista interessada, a quem não assegurou o exercício pleno dos poderes do contraditório e da ampla defesa, lhe cancelou pensão previdenciária que há muitos anos vinha sendo paga (Mandado de Segurança n. 24.927/RO, Relator: Min. Cezar Peluso, DJ 25/08/2006).

quatro anos da sua emissão, no qual o STF deferiu a segurança para garantir a impetrante o direito de ser ouvida pelo órgão de controle (fl. 132 e 134 dos autos).⁶³

O Ministro Marco Aurélio manifestou-se oralmente contrário à mudança de entendimento. Argumentou que não cabe ao STF criar um prazo para a atuação do TCU sem previsão legal e defendeu a manutenção da tese anterior. Em outro momento do julgamento, afirmou, ainda, que o tempo não pode alterar a natureza do ato administrativo – o qual, sendo considerado ato complexo, não deixaria de sê-lo após cinco anos – nem pode expandir o conteúdo da Constituição para justificar o surgimento do direito subjetivo ao contraditório – que pressupõe a existência de litigantes e, por conseguinte, de uma lide, situação não configurada antes do registro do ato pelo TCU (fls. 134 e 249-241 dos autos).

1.1.3 Voto do Ministro Gilmar Mendes

Inicialmente, o Ministro Gilmar Mendes relembrou o entendimento do STF acerca da natureza de ato complexo das concessões iniciais de aposentadorias reformas e pensões, bem como das consequências dela advindas (ausência de prazo decadencial e de direito do interessado de participar do processo perante o TCU), e esclareceu sobre a distinção estabelecida pelo Tribunal no julgamento do MS 24.268, com base no voto de sua relatoria (fls. 139-145 dos autos).

Após traçar esse panorama, manifestou concordância com a proposta do Ministro Ayres Britto, ressaltando que ela representa um avanço “na medida em que põe em relevo o princípio da segurança jurídica e privilegia as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal”, implicando marcante inovação na jurisprudência do STF, a qual se iniciou no julgamento do MS 24.268 (fl. 145 dos autos).

Nesse sentido, afirmou que, a despeito da jurisprudência consolidada sobre o tema:

⁶³ Nesse ponto, cabe esclarecer que, no referido Mandado de Segurança n. 24.927/RO, a situação era diversa da tratada no MS 25.116. Isso porque naquele caso, o TCU, sem ouvir a interessada, além de negar registro ao seu ato de pensão e determinar a cessação dos pagamentos dela decorrentes, ainda ordenou a devolução de todos os valores recebidos durante os quatro anos que a ela havia gozado do benéfico, sob o fundamento de que houve má-fé da pensionista. Diante disso, os Ministros Sepúlveda Pertence, Eros Grau e Joaquim Barbosa, que, inicialmente eram contrários à concessão da segurança, reviram seus posicionamentos, por considerarem que, em face da imputação de um ato ilícito à impetrante, esta possuía o direito de se defender perante o TCU.

(...) é preciso também levar em conta que, muitas vezes, o lapso temporal transcorrido entre as manifestações de vontade dos órgãos administrativos para a formação do ato complexo concessivo da aposentadoria ou pensão pode criar situações jurídicas dotadas de estabilidade e presunção de legalidade e legitimidade, uma vez que amparadas em decisão do próprio Poder Público.

É nessas hipóteses em que incide o princípio da segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, no sentido da proteção das situações jurídicas criadas pelo Poder Público e estabilizadas pelo transcurso do tempo em que o próprio Poder Público quedou-se inerte. (fls. 146 dos autos).

Em reforço à tese do Relator, Gilmar Mendes também invocou o MS 24.268. Nesse sentido, rememorou as considerações doutrinárias que teceu em seu voto ao relatar o referido precedente, acerca da proteção da confiança, da segurança jurídica e do conflito entre esses princípios e o princípio da legalidade no âmbito da invalidação de atos administrativos pela própria Administração Pública (fls. 146-151 dos autos).

No referido precedente judicial, Mendes buscou amparo no já mencionado estudo de Almiro do Couto e Silva (2004a)⁶⁴ sobre os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica, no qual o autor trata da necessidade de se proteger os particulares em face da anulação de atos do Poder Público que geraram benefícios e vantagens já incorporados ao patrimônio dos administrados (fls. 147-149 dos autos).

Destacou também, naquela ocasião, que a consecução da paz jurídica é elemento nuclear do Estado de Direito material e que o princípio da confiança, aplicável às relações de direito público, assim como o princípio da boa-fé, tem um componente de ética jurídica, pois a confiança deve ser protegida quando efetivamente se acreditou nela.

Por fim, ressaltou que, hodiernamente, “o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito)” e que “a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material” (fls. 150 dos autos).

Nessa linha, trouxe a seguinte passagem da obra de Miguel Reale:

Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos,

⁶⁴ Trata-se da mesma obra citada pelo Ministro Ayres Britto, datada de 1998. Contudo, como mencionado anteriormente, optou-se por fazer referência à obra publicada em 2004 pela Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, à qual se teve acesso.

quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convalescer, – como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico – mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato.

Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo razoável pode ser considerado requisito implícito do princípio do *due process os Law*. Tal princípio, em verdade, não é válido apenas no sistema do direito norte-americano, do qual é uma das peças basilares, mas é extensível a todos os ordenamentos jurídicos, visto que corresponde a uma tripla exigência, de regularidade normativa, de economia de meios e forma e de adequação à tipicidade fática (...) (REALE, 1968, p. 84-85).

A partir dessas considerações, tecidas no julgamento do MS 24.268, o Ministro Gilmar Mendes concluiu que, na medida em que o ato do órgão de origem concessivo de aposentadoria, reforma ou pensão tem o condão de criar situações jurídicas com plena aparência de legalidade e de legitimidade, também a atuação do TCU deve estar sujeita a um prazo razoável, sob pena de ofensa ao princípio da confiança, face subjetiva da segurança jurídica (fls. 151 dos autos).

Quanto à medida que seria esse prazo razoável, apresentou raciocínio semelhante ao desenvolvido por Ayres Britto, chegado ao mesmo prazo, de cinco anos. Nesse ponto, recorreu novamente aos ensinamentos de Almiro do Couto e Silva,⁶⁵ em estudo sobre “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)” (fls. 152-155 dos autos).

No trecho destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, Couto e Silva discorre sobre a definição de um prazo decadencial para a Administração Pública anular seus próprios atos. Na opinião do autor, o prazo de cinco anos estabelecido no art. 54 da Lei n. 9.784/1999,⁶⁶ além de ser compatível com a realidade brasileira, está em harmonia com outros prazos,

⁶⁵ Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes cita a publicação desse artigo de 2004, na Revista Brasileira de Direito Público. Contudo, como nos casos anteriores, optou-se por fazer referência à versão que tivemos acesso, de 2005, publicada na Revista Eletrônica de Direito do Estado.

⁶⁶ “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.”

prescricionais ou decadências, instituídos em nosso ordenamento jurídico (COUTO E SILVA, 2005, p. 40).

Sobre a eficácia do referido prazo decadencial, Almiro do Couto e Silva pondera que, embora a Lei n. 9.784/1999 só possa ter efeitos prospectivos, não se pode olvidar que a vigência do princípio constitucional da segurança jurídica é bem anterior a essa lei e “é ele que torna compatível com a Constituição o art. 54 daquele mesmo diploma, quando confrontado com o princípio da legalidade”. Ou seja, o que a norma fez, inspirada no princípio da segurança jurídica, foi introduzir em nosso sistema jurídico uma parâmetro indicador do lapso de tempo que, associado a outras circunstâncias, recomendaria a preservação de atos administrativos inválidos (COUTO E SILVA, 2005, p. 42-43).

Por essa razão, o autor conclui que as situações anteriores à entrada em vigor do art. 54 da Lei n. 9.784/1999 “devem ser solucionadas à luz do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da proteção à confiança, ponderado juntamente com o princípio da legalidade”. Ressalta que, nos casos não albergados pela *regra* decadencial, há situações em que o *princípio* da segurança jurídica (proteção da confiança) praticamente impõe a manutenção do *status quo*, com o afastamento do princípio da legalidade, “como aquelas, por exemplo, que envolvem proventos de aposentadorias ou pensões, em que a anulação, ainda que só com eficácia *ex nunc*, implicaria grave modificação das condições de vida dos beneficiários que confiaram em que as vantagens seriam mantidas” (COUTO E SILVA, 2005, p. 42 e 44).

A partir das considerações doutrinárias acima, Gilmar Mendes concluiu que o prazo de cinco anos “deve ser aplicado aos processos de julgamento e registro de aposentadorias e pensões pelo TCU”. Trata-se, segundo ele, de fixar a prevalência do princípio da segurança jurídica no sentido proteger a estabilidade das situações jurídicas criadas pelo Poder Público, pois a confiança depositada pelo servidor, geralmente imbuído de boa-fé, no ato formal da Administração que lhe concede o benefício, impõe limites ao poder dever do TCU de anulá-lo a qualquer tempo, de modo que o transcurso do tempo faz surgir para o TCU o dever de garantir ao interessado a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal no processo administrativo de apreciação do ato (fls. 155 dos autos).

Sobre a incidência e a amplitude das garantias do contraditório e da ampla defesa no âmbito dos processos administrativos, o Ministro trouxe, novamente, os fundamentos do seu voto no MS 24.268, cuja tese foi acolhida pelo Tribunal (fls. 155-161 dos autos).

Naquele julgado, salientou que o direito de defesa foi ampliado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988,⁶⁷ de modo que passou a contemplar todos os processos judiciais e administrativos e não se resume ao simples direito de manifestação nos autos, pressupondo também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador.

Nesse sentido, valendo-se do direito constitucional comparado, mencionou que, no direito alemão, a pretensão à tutela jurídica “envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar”. Daí afirmar-se que essa pretensão – que corresponde à garantia consagrada no art. 5º, inciso LV, da Constituição Brasileira – contém os seguintes direitos: a) o *direito de informação*, que obriga o órgão julgador a informar a parte sobre os atos e elementos do processo; b) o *direito de manifestação*, que assegura ao defendente manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos constante no processo; e c) o *direito de ver seus argumentos considerados*, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para analisar as razões apresentadas, sendo necessário não só que ele tome conhecimento delas como também que as considere séria e detidamente. É desta última obrigação que deriva, segundo a Corte Constitucional alemã, o dever de fundamentar as decisões.

Dessa perspectiva – registrou o Ministro, ainda no trecho extraído do voto do MS 24.268 – não se afastou a Lei n. 9.784/1999 ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a qual estabeleceu o dever da Administração Pública obedecer aos princípios do contraditório e da ampla defesa e determinou, para os processos administrativos, a observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados e a garantia dos direitos à comunicação (art. 2º, *caput* e § 1º, incisos VIII e X).⁶⁸

⁶⁷ “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

⁶⁸ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; (...) X

Naquela ocasião, Gilmar Mendes citou também passagens de alguns precedentes do STF nos quais, em linhas gerais, prevaleceu o entendimento de que o vocábulo “litigantes”, contido no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, deve ser compreendido em sentido amplo. Ou seja, quando estiverem envolvidos interesses contrapostos, não se limitando, assim, ao sentido processual de parte, a pressupor um conflito de interesses constante de processo judicial. Por essa razão, o princípio também está ligado aos processos administrativos, não apenas processos administrativos disciplinares, aplicando-se a todo procedimento administrativo em que o patrimônio do administrado possa vir a ser, de qualquer modo, atingido.⁶⁹

Feitas essas transcrições do seu voto no MS 24.268, Gilmar Mendes esclarece “que não se trata de estabelecer um tipo de prazo intercorrente para o aperfeiçoamento do ato complexo”, pois, de acordo com a tese proposta pelo Ministro Ayres Britto, o TCU não ficará impedido de rever o ato (fls. 161 e 162 dos autos).

Por fim, chamou atenção para a gravidade do caso específico em exame. Lembrou que o impetrante já estava na inatividade há quase seis anos e que a decisão do TCU obrigaria o retorno de um cidadão de mais de sessenta anos de idade às salas de aula. Salientou que o servidor sempre esteve imbuído de boa-fé, demonstrado pela confiança nos atos praticados pelo IBGE para a concessão de sua aposentadoria, pois, no caso, houve um conjunto de atos praticados pela administração que criou para o administrado uma situação jurídica dotada de total aparência de legalidade e legitimidade e estabilizada pelo transcurso do tempo, não podendo o TCU considerar que o impetrante tinha pleno conhecimento da precariedade desses atos. (fls. 162-163 dos autos).

Com base nesses fundamentos, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do Relator para:

(...) conceder parcialmente a segurança, determinando-se ao Tribunal de Contas da União que, uma vez transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos,

- garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;”

⁶⁹ Esse entendimento foi ressaltado mais de uma vez ao longo desses julgados. No MS 25.116, foi mencionado pelo Ministro Ayres Britto, relator, pelo Ministro Gilmar Mendes, que o acompanhou, e pelo Ministro Cezar Peluso, que concedia a segurança em maior extensão, além de contar com a aquiescência dos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Cármem Lúcia e Celso de Mello. No MS 24.781, foi novamente reforçado pelo Ministro Gilmar Mendes, em voto vista acolhido pelos Ministros Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia e, neste ponto, pelo Ministro Cezar Peluso, que manteve seu posicionamento anterior, no sentido de conceder a segurança em maior extensão, para reconhecer a decadência.

*contados do recebimento do processo no Tribunal,*⁷⁰ assegure ao impetrante o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo de julgamento da legalidade e registro de sua aposentadoria (fls. 163 dos autos, grifo nosso).

1.1.4 Debates Oraís após o voto do Ministro Gilmar Mendes

Apresentado o voto do Ministro Gilmar Mendes, a Ministra Ellen Gracie demonstrou sua preocupação com a possível demora do órgão que emite o ato para enviá-lo ao TCU. Por isso, indagou se, no caso em exame, haveria alguma demonstração de que a unidade gestora encaminhou o ato ao TCU em tempo hábil (fl. 164 dos autos).

Ao responder esse questionamento, o Ministro Gilmar Mendes, contrariamente ao que constou na parte final do seu voto, manifestou-se no sentido de que os cinco anos deveriam ser contados a partir da data da aposentadoria, no que foi apoiado pelos Ministros Ayres Britto e Cármen Lúcia. Argumentou que não se pode transferir para o impetrante um ônus que é das autoridades envolvidas, no caso o TCU e o órgão estatal que concedeu a aposentadoria, e afirmou que poderia examinar essa questão, mas que sua preocupação residia no fato de o indivíduo passar a receber os proventos no dia em que é aposentado, sem muitas vezes nem saber que se trata de um ato precário. Além disso, ponderou que o próprio TCU, no exercício do seu poder de fiscalização, poderia fixar um prazo para evitar tal demora (fls. 164-165 dos autos).⁷¹

Em seguida, o Ministro Joaquim Barbosa questionou se a solução de anular a decisão do TCU para o fim de assegurar ao impetrante o uso das garantias do contraditório e da ampla

⁷⁰ Com relação ao termo *a quo* para a contagem do prazo de cinco anos, embora o Ministro Gilmar Mendes tenha sugerido, na parte final do seu voto, que se utilizasse como marco o recebimento do processo pelo TCU, essa questão não foi claramente decidida no julgamento do MS 25.116. Como se verá adiante, nos debates orais, questionado pela Ministra Ellen Gracie, o próprio Ministro Gilmar Mendes afirmou que a contagem deveria ser da data da aposentadoria (fls. 165 dos autos). Só depois, no julgamento do MS 24.781, é que a questão foi resolvida, e o STF, expressamente, adotou como marco temporal a chegada do processo ao TCU.

⁷¹ Nesse ponto, é oportuno registrar que, embora no inteiro teor do Acórdão do MS 25.116 não conste a informação sobre a data na qual o ato de aposentadoria do impetrante foi encaminhado ao TCU pelo órgão de origem, verificou-se, em consulta à página do TCU, que o processo administrativo em questão (TC-000.384/2004-0) foi autuado naquele órgão em 15 de janeiro de 2004. Assim, tendo em vista que o Acórdão impugnado pelo impetrante foi proferido em 17 de agosto de 2004, pouco mais de sete meses após a autuação do processo, se o marco temporal adotado no julgamento MS 25.116 fosse o da chegada do ato ao TCU, a segurança teria sido denegada, ao contrário do que ocorreu.

defesa não estaria contraditando o entendimento consubstanciado na Súmula Vinculante n. 3. (fls. 166-168 dos autos).

Sobre essa questão, o Ministro Marco Aurélio registrou sua preocupação com o fato de o verbete vinculante, pouco tempo depois de ser introduzido no cenário jurídico pelo STF, já estar sendo temperado pelo próprio Tribunal. Disse que se o STF ficar excepcionando dessa forma as Súmulas Vinculantes que aprova, perder-se-ia a vinculação desejada, desmoralizando-se o instituto. Por isso, posicionou-se contrário a mudança de entendimento e votou pelo indeferimento do mandado de segurança, reafirmando a tese até então dominante – de que a aposentadoria é um ato complexo, que não se incorpora ao patrimônio do servidor antes de ser apreciada pelo TCU, razão pela qual não há falar em violação do contraditório e da ampla defesa nem em prazo decadencial para a atuação do órgão de controle externo (fls. 170 e 174 dos autos).

O Ministro Joaquim Barbosa concordou com essas ponderações, mas ao final acabou acompanhando o voto do Relator.

No prosseguimento do debate, o Ministro Ayres Britto mostrou-se reticente com relação à premissa de que os atos de concessão de benefícios previdenciários estatutários têm natureza jurídica de ato complexo. Disse que tem “lido ultimamente administrativistas de peso que afirmam que a natureza jurídica não é de ato complexo” e salientou que, desde o momento em que o servidor é aposentado, ele deixa de fazer parte dos quadros estatais e o cargo que ocupava é declarado vago e já pode ser provido por outra pessoa (fls. 172-173 dos autos).⁷²

Na mesma linha, o Ministro Sepúlveda Pertence concordou com o Relator e disse também acreditar que não se trata de ato complexo, mas de ato ineficaz, cuja eficácia definitiva depende de aprovação pelo TCU (fls. 172 dos autos).

Em outro momento – após o voto da Ministra Ellen Gracie e antes do voto do Ministro Cezar Peluso, os quais serão tratados a seguir – o Ministros Peluso e Ayres Britto voltaram a abordar essa questão e ambos foram enfáticos ao afirmar que chegaram à conclusão de que o ato de aposentadoria não é ato complexo. Isso porque o ato complexo só se perfaz e passa a produzir efeitos após a última das declarações de vontade que o compõem, o que não ocorre

⁷² Nesse ponto, não se pode deixar de registrar a incoerência do posicionamento do Ministro Ayres Britto. Ora, se ele próprio questiona a premissa do ato complexo, a qual acolheu em seu voto, sua tese perde o sentido, pois o afastamento dessa premissa levaria ao reconhecimento da decadência administrativa.

no caso das aposentadorias, que passam a produzir todos os seus efeitos imediatamente após a publicação do ato (fl. 195 dos autos).

Diante dessa colocação, o Ministro Joaquim Barbosa observou que seria o caso, então, de rever toda a jurisprudência que diz o contrário. E o Ministro Marco Aurélio completou, asseverando que seria melhor “deferir a aposentadoria pela passagem do tempo” (fls. 172 dos autos).⁷³

Voltando à questão da Súmula Vinculante, o Ministro Cezar Peluso argumentou que, mesmo partindo da premissa de que se trata de ato com eficácia provisória e de que não há prazo para a atuação do TCU, o que diz o texto da Súmula Vinculante n. 3 é que, em princípio, não se exige o contraditório nem a ampla defesa para a apreciação dessas concessões iniciais. Assim, discordando da alegada afronta ao verbete, concluiu que a solução proposta pelo Ayres Britto não contraria seu texto, pois confirma que, realmente, não se exige o contraditório, desde que o TCU examine o ato em até cinco anos.⁷⁴ Argumentou que depois desse prazo muitas vezes há uma mudança profunda na vida do indivíduo, situação agravada quando se trata de pessoas idosas, como no caso das aposentadorias (fl. 174 dos autos).

Por fim, o posicionamento dos Ministros Ayres Britto e Gilmar Mendes foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. Já o Ministro Sepúlveda Pertence, por considerar que uma virada de jurisprudência poderia gerar consequências incalculáveis, tendo em vista a conhecida prática do TCU de levar anos para apreciar tais atos, acompanhou o voto do Ministro Marco Aurélio, no sentido de não conceder a segurança. Em seguida, a Ministra Ellen Gracie pediu vista dos autos e votou noutra sessão pela denegação da segurança (fls. 176-179 dos autos).

⁷³ Nesse ponto, os Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, acertadamente, observam a incoerência mencionada na nota anterior, relativa aos efeitos do afastamento da premissa do ato complexo.

⁷⁴ Interessante notar que nos precedentes judiciais que fundamentaram a edição do referido verbete a apreciação dos atos concessivos pelo TCU também havia demorado mais de cinco anos para ocorrer, conforme verificou-se em artigo sobre o caso da Súmula Vinculante n. 3. No referido estudo – no qual examinou-se o caso sob enfoque diferente do adotado no presente trabalho, que analisa a incidência do princípio da segurança jurídica no âmbito da atuação do TCU, não do STF –, tratou-se do uso do instituto das Súmulas Vinculantes pelo STF como instrumento de realização do princípio da segurança jurídica. Especificamente acerca desse ponto, concluiu-se que “No julgamento do Mandado de Segurança n. 25.116/DF, o STF deixou de aplicar a Súmula Vinculante n. 3 sem apontar qualquer alteração jurídica ou social considerável que justificasse a mudança de entendimento. Também não foram demonstradas diferenças relevantes em relação aos precedentes que motivaram a edição do enunciado. Pelo contrário, o fator que justificou a mudança de entendimento (transcurso de tempo superior a 5 anos entre a concessão e a respectiva apreciação pelo TCU) também estava presente em todos os precedentes.” (PEREIRA, 2014).

1.1.5 Voto da Ministra Ellen Gracie

A Ministra Ellen Gracie posicionou-se contrariamente à aplicação do prazo de cinco anos. Argumentou que o sistema de respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal “tem por pressuposto que os entendimentos consubstanciados em Súmulas Vinculantes sejam adotados, sem ressalvas ou subterfúgios, por todo o sistema judiciário.” Diante disso, asseverou que adoção da tese apresentada pelo Ministro Ayres Britto significaria uma sinalização contraditória para o sistema judiciário, pois o próprio STF estaria decidindo contra a letra da Súmula Vinculante n. 3 e contra o teor dos precedentes que a embasaram (fls. 183 dos autos).

Feito isso, ela tratou dos conceitos de atos administrativos simples, complexos e compostos e ressaltou que o STF matem o entendimento de que o ato de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão é ato complexo, só se aperfeiçoando após o seu exame e autorização de registro pelo TCU. Partindo dessa premissa, salientou que entende ser descabido exigir o contraditório nesse momento de formação do ato complexo, que ainda não se completou, asseverando que “posição em sentido contrário implicaria o desvirtuamento do entendimento adotado por esta Corte quanto à natureza dos atos em estudo” (fl. 186 dos autos).

Além disso, citando trecho do Mandado de Segurança n. 24.742/DF,⁷⁵ salientou que, por tratar-se de relação processual instaurada entre o TCU e o órgão que emitiu o ato, não entre aquele e o beneficiário da concessão, não haveria a instauração de uma lide, sendo incabível falar em contraditório nesses casos. De forma diversa, quando há cassação do benefício em momento posterior ao seu registro perante o TCU, é que caberia o exercício do

⁷⁵ EMENTA: “APOSENTADORIA - REGÊNCIA. A aposentadoria é regida pelas normas constitucionais e legais em vigor na data em que o servidor preenche as condições exigidas - Verbete nº 359 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. APOSENTADORIA EM CARGO CIVIL - MILITAR REFORMADO. A Carta da República de 1967 bem como a de 1988, na redação primitiva, anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, não obstaculizavam o retorno do militar reformado ao serviço público e a posterior aposentadoria no cargo civil, acumulando as vantagens respectivas” (Mandado de Segurança n. 24.742/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, DJ 11/03/2005).

Este Mandado de Segurança foi impetrado por viúva de militar reformado que havia falecido em 25/10/1998, contra decisão do TCU que considerou ilegal o ato de reforma do marido da impetrante, de 1982, por considerar ilegal a acumulação da remuneração da reforma como os proventos de aposentadoria referente ao cargo de professor de 1º e 2º graus (Acórdão n. 1.909/2003 – TCU – 2ª Câmara). Ao julgá-lo, o STF, considerando tratar-se da primeira vez que o TCU apreciava o ato de reforma, reafirmou o entendimento adotado no MS 24.268, de que não se aplicaria ao caso os princípios do contraditório e da ampla defesa. No entanto, concedeu a segurança, sob o fundamento de que a acumulação dos benefícios era legal.

contraditório e da ampla defesa, conforme o entendimento expressamente consubstanciado na Súmula Vinculante n. 3 (fl. 187 dos autos).

Destacou, ainda, que a edição da Súmula Vinculante n. 3 se baseou em precedentes do Plenário do STF nos quais nunca se estabeleceu prazo para a análise das concessões iniciais pelo TCU. Nessa linha, cita os já mencionados Mandados de Segurança ns. 24.268/MG e 24.742/DF, e os Mandados de Segurança ns. 24.728/RJ⁷⁶ e 24.754/DF⁷⁷ (fls. 187-188 dos autos).

Por esse motivo, explicou que o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999 somente se inicia nesses casos a partir da publicação do acórdão do TCU, conforme já foi decidido pelo STF em diversas oportunidades (fls. 188-191 dos autos).

Após reafirmar a jurisprudência até então dominante do STF, Ellen Gracie chama atenção para a importância da atividade de controle externo realizada pelo TCU e apresenta

⁷⁶ EMENTA: “Mandado de Segurança. 2. Pensão por morte de ex-militar. 3. Decisão do Tribunal de Contas da União, que considerou legal a concessão de pensão à impetrante e determinou o registro do ato respectivo. 4. Decisão impugnada, no prazo legal, pelo Ministério Público da União, por meio de Pedido de Reexame. 5. Recurso com efeito suspensivo, que impediu se perfizesse o ato complexo de registro da pensão militar. 6. Pedido de Reexame provido para tornar insubsistente a decisão anterior e declarar ilegal a concessão da pensão. 7. Art. 71, III, da Constituição. Tribunal de Contas da União. Controle externo. Julgamento de legalidade de concessão de aposentadoria ou pensão. Inexistência de processo contraditório ou contestatório. Precedentes. 8. Não se trata, portanto, de revisão de pensão. Inaplicabilidade do precedente MS 24.268/MG, Pleno, DJ 05.02.04, Gilmar Mendes, redator para o acórdão. 9. Mandado de Segurança indeferido, cassada a liminar anteriormente concedida.” (Mandado de Segurança n. 24.728/RJ, Relator: Min. Gilmar Mendes, DJ 09/09/2005).

Este precedente tratou de decisão do TCU (Acórdão n. 1.282/2003 – TCU – 1ª Câmara) que, ao apreciar recurso interposto pelo Ministério Público junto ao TCU, considerou ilegal pensão militar concedida à impetrante em 24/10/1989, reformando decisão anterior que havia considerado legal e determinado o registro do ato (Decisão n. 403/2001 – TCU – 1ª Câmara). Ao julgar o caso, o STF, com base na distinção feita no mencionado MS 24.268, negou a segurança sob o argumento de que, tratando-se da primeira apreciação do ato pelo TCU, o recurso do Ministério Público junto ao órgão, interposto dentro do prazo, impediu que o ato complexo se aperfeiçoasse. O STF decidiu, portanto, que, nesse caso, não existia direito ao contraditório e a ampla defesa, por tratar-se de situação diversa da apreciada no MS 24.268.

⁷⁷ EMENTA: “APOSENTADORIA - HOMOLOGAÇÃO - ATO COMPLEXO - CONTRADITÓRIO - IMPROPRIEDADE. O processo de aposentadoria revela atos complexos, sem o envolvimento de litigantes, ficando afastada a necessidade de observância do contraditório, isso em vista do ato final, ou seja, a glosa pela Corte de Contas. APOSENTADORIA - CARGO EM COMISSÃO - REGÊNCIA NO TEMPO. Tratando-se de situação concreta em que atendidos os requisitos para a aposentadoria em data anterior à alteração do artigo 183 da Lei nº 8.112/90 pela Lei nº 8.647/93, descabe glosar a aposentadoria concedida considerada a ocupação de cargo em comissão. Precedente: Mandado de Segurança nº 24.024-5, Pleno, cujo acórdão, redigido pelo ministro Gilmar Mendes, foi publicado no Diário da Justiça de 24 de outubro de 2003.” (Mandado de Segurança n. 24.754/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, DJ 18/02/2005).

Este foi impetrado contra o Acórdão n. 2.854/2003 – TCU – 1ª Câmara, por meio do qual o TCU considerou ilegal a aposentadoria do impetrante, concedida em 01/10/1996. Na ocasião, o STF reafirmou o entendimento de que, no caso, não existia direito ao contraditório e à ampla defesa, por não se tratar de cassação posterior de aposentadoria após homologação. Contudo, concedeu a segurança, sob o fundamento de que os requisitos para a aposentadoria do impetrante haviam sido devidamente preenchidos, descabendo glosar a aposentadoria concedida.

dados relativos aos processos de pessoal apreciados pelo órgão nos anos de 2005 a 2008 (fl. 192 dos autos).

A partir dessas informações, salienta que: apenas 4% dos atos apreciados foram considerados ilegais pelo TCU; há crescente evolução do número de atos remetidos anualmente ao órgão, fato que, certamente, contribuiria para a demora na sua apreciação; os órgãos da Administração Pública levam, em média, três anos para remeter esses atos ao TCU; um terço dos atos já chega ao TCU com o prazo de cinco anos excedido; menos de 50% dos atos foram julgados dentro do período de cinco anos, contados da data de suas edições, sendo que, dos atos considerados ilegais, mais de 65% excederam esse prazo (fls. 192-193 dos autos).

Ressaltou também que, de acordo com informações prestadas pelo TCU, o impacto das dificuldades operacionais ocasionadas pela edição da Súmula Vinculante n. 3 estaria inviabilizando a atividade do órgão no que diz respeito à fiscalização de folhas de pagamento (fl. 193 dos autos).

Além disso, argumentou que é preocupante o fato de, pouco tempo após a elaboração da Súmula Vinculante n. 3, a Corte já estar caminhando para a sua flexibilização, pois se torna difícil para o STF exigir o cumprimento do que depõem as suas súmulas vinculantes se ele próprio as relativiza. Nesse sentido, fez o seguinte apelo:

Por haver, desde há muito, batalhado pela introdução do saudável princípio do respeito aos precedentes da Corte, preocupo-me com manifestações titubeantes em relação a súmulas já editadas, bem como com o açodamento em sumular matérias ou formulações ainda não suficientemente amadurecidas. Por isso, faço apelo à Corte no sentido da adoção da necessária cautela em relação à segurança jurídica, que o novo instituto objetivou assegurar. O manejo inábil do instituto poderá levar a seu descrédito e produzir consequências indesejáveis para a ordem jurídica do país, sobre a qual repousa o seu desenvolvimento (fl. 194 dos autos).⁷⁸

⁷⁸ Nesse ponto, embora a matéria acerca das questões envolvendo o instituto das súmulas vinculantes fuja ao escopo do presente estudo, não se pode deixar de registrar nosso posicionamento sobre o assunto. A despeito de se considerar louvável a preocupação da Ministra Ellen Gracie com a não aplicação do entendimento consubstanciado na Súmula Vinculante n. 3, em razão do risco de enfraquecimento do instituto que pode ser provocado pelo seu manejo inábil. Contudo, parece que o mau uso do instituto, especificamente no caso da Súmula Vinculante n. 3, vem desde a aprovação precipitada do seu texto, caracterizada pela inobservância tanto dos requisitos constitucionais quanto da cautela devida no tocante à edição de súmulas vinculantes, conforme se concluiu em artigo sobre o tema (PEREIRA, 2014). Acerca da precipitação do STF ao editar a Súmula Vinculante n. 3, ver também as considerações de Cláudio Marcelo Spalla Fajardo (2009, p. 309).

Com base nesses fundamentos, a Ministra Ellen Gracie acompanhou a divergência inaugurada pelos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence e votou pela denegação da ordem.

1.1.6 Voto do Ministro Cezar Peluso

O Ministro Cezar Peluso – que, em um primeiro momento, concordara com o Relator – apresentou retificação de voto e se manifestou pela concessão da segurança em maior extensão, para anular o acórdão do TCU e reconhecer a decadência do direito da Corte de Contas de determinar a anulação do ato de aposentadoria do impetrante (fls. 196-217 dos autos).

Em seu voto, Peluso cita trecho do voto-vista do Ministro Sepúlveda Pertence no Mandado de Segurança n. 23.550/DF,⁷⁹ no qual o STF decidiu que, tratando-se do controle da legalidade de *contratos* administrativos, as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa reclamam a audiência não apenas dos agentes públicos responsáveis por sua celebração, mas também do particular contratante, cuja situação jurídica poderia vir a ser desconstituída em virtude da decisão do TCU (fls. 203-204).

⁷⁹ “EMENTA: I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, *a fortiori*, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase - jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a ‘ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente’. A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão.” (Mandado de Segurança n. 23.550/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator para Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31/10/2001).

Lembra que, no julgamento do MS 24.268 (mencionado diversas vezes neste trabalho), já consignara seu posicionamento de que:

(...) àquele que goze de situação jurídica estável, durante razoável período de tempo – tal como que perceba aposentadoria ou pensão –, devem ser asseguradas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, porque a situação estabilizada não pode ser considerada um “não bem” (fl. 205 dos autos).

Em seguida, afirmou que as concessões de aposentadorias, reformas e pensões não se amoldam às clássicas definições doutrinárias de atos complexos, os quais pressupõem, além da fusão de atos distintos, a identidade de fins e de conteúdo desses atos, só produzindo efeitos após a sua conclusão. Ponderou que no caso das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, essas produzem efeitos imediatos e não há identidade de objetivos entre a atuação do órgão de origem, cujo fim é o de conceder o benefício, e a manifestação do TCU, que tem por competência fiscalizar o ato (fl. 206 dos autos).

Dessa forma, sem pretender por fim à discussão sobre o tema, concluiu que tais atos, se complexos, são atípicos, não se lhes podendo negar, dada a sua especial natureza alimentar, a incorporação dos benefícios ao modo de vida do pensionista ou aposentado, que passa a ostentar, desde logo, esse *status* jurídico e a projetar sua vida nos limites do próprio orçamento. Por essa razão, asseverou que, para lhes subtrair ou diminuir as vantagens, se impõe a possibilidade de exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa, independentemente do prazo transcorrido entre a concessão e a correspondente apreciação pelo TCU, não encontrando razão para deferi-las depois de passados cinco anos (fls. 209-210 dos autos).

Nesse sentido, indagou:

Que diferença substantiva se encontraria – pergunto-me –, se o beneficiário estivesse a receber, mensal e regularmente, verba de natureza alimentar, por três e não por cinco anos? Acaso lhe seria menos pungente o impacto negativo que a subtração ou a diminuição final lhe poderia causar? Penso que não (fl. 210 dos autos).

Sobre a suposta inviabilidade técnica e operacional que o contraditório traria para a apreciação da legalidade dos atos de pessoal, o Ministro Peluso destacou que o TCU se vale de sistemas informatizados para realizar essa apreciação, como o Sistema de Avaliação e Registro dos Atos de Admissão e Concessões – Sisac, que efetua crítica informatizada dos

atos a partir de parâmetros definidos, com base na legislação e na jurisprudência (fl. 210 dos autos).

Feitas essas considerações, propondo que se desse um passo maior do que o sugerido pelo Relator, o Ministro Peluso defendeu que muitos dos argumentos que sustentam a aplicação das garantias do contraditório e da ampla defesa a esses processos administrativos – especialmente aqueles argumentos relativos à segurança jurídica, à proteção da confiança e à boa-fé – também justificam a aplicação do prazo decadencial previsto na Lei n. 9.784/1999, art. 54 (fl. 211 dos autos).

Ressaltou que o poder da Administração de invalidar unilateralmente atos irregulares “como, aliás, os demais poderes típicos da Administração, está predisposto, no ordenamento, à realização de um fim público imediato, reconduzir a atuação administrativa à esfera da legalidade” (fl. 213 dos autos).

Contudo, prossegue explicando que, tal interesse, de desconstituir o ato lesivo, contrário à ordem jurídica, não é absoluto nem superior a outros interesses sociais específicos, tão ou mais relevantes e que também compõem a mesma ordem jurídica, como aqueles tutelados pelos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Afirma que seria mais danoso à paz social, à qual servem todos esses institutos, anular, depois de longo período de estabilidade, ato do qual advieram, a administrado de boa-fé, consequências jurídicas e patrimoniais determinantes para a vida da pessoa (fl. 214 dos autos).

Adverte que o mesmo ocorre quando se trata de nulidade inerente à declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica, pois o STF, em nome dos mencionados princípios, já atenuou, há muito tempo, o alcance dogmático dessa nulidade quanto a situações constituídas sob o manto da lei inconstitucional (fl. 214 dos autos).

Salienta, por fim, que as ideias por ele defendidas se amoldam à situação em exame e estão em harmonia com a Lei n. 9.784/1999, com a opinião da “melhor doutrina”, a exemplo de Almiro do Couto e Silva (2005, p. 42-43),⁸⁰ e com a jurisprudência do STF (fl. 215-216).

Com base nesses fundamentos, o Ministro Peluso concluiu que, no caso, deveria ser reconhecida a decadência, pois a invalidação da aposentadoria do impetrante, passados cinco

⁸⁰ Nesse ponto, Peluso cita trecho de artigo escrito por Couto e Silva cujo conteúdo já foi abordado acima, uma vez que o mesmo excerto também foi citado no voto do Ministro Gilmar Mendes.

anos e oito meses da sua concessão, insultaria os princípios da segurança jurídica e da boa-fé, na medida em que tenderia a desconstituir situação jurídica estabilizada por prazo razoável e de vital importância para a vida do servidor, que se aposentou com sólida presunção de validade do ato administrativo. Assim, vota pela concessão da segurança em maior extensão, para anular o acórdão do TCU, pronunciando a decadência do direito de anulação do ato de aposentadoria do impetrante pela Administração (fl. 217 dos autos).

1.1.7 Debates orais após o voto do Ministro Cezar Peluso

Durante os debates orais, os Ministros Gilmar Mendes e Ayres Britto louvaram a opinião do Ministro Peluso, mas mantiveram seus votos. O Ministro Gilmar Mendes cogitou a possibilidade de se chegar, em breve, à ideia de cinco mais cinco anos (cinco para o TCU apreciar e autorizar o registro, mais cinco para alterá-lo). Contudo, preferiu manter seu posicionamento, ressaltando a necessidade de se levar em conta o expressivo número de aposentadorias, reformas e pensões examinadas anualmente pelo TCU, bom como o potencial prejuízo que a manutenção de concessões ilegais poderia acarretar a sociedade. Assim, a despeito de acreditar que se está caminhando para estabelecer um modelo de preclusão nesses casos, considerou que seriam necessários mais subsídios de caráter fático para se consolidar uma nova orientação (fl. 226 dos autos).

Ainda sobre as questões pragmáticas envolvidas no julgado, a Ministra Ellen Gracie lembrou que, segundo informações do TCU, apenas quatro por cento dos atos que o órgão aprecia são considerados irregulares, de forma que “não são tão numerosos os casos de servidores que sejam surpreendidos da noite para o dia” com a anulação de suas aposentadorias. Tal argumento foi rebatido pelo Ministro Peluso, o qual afirmou que esse dado só corroboraria a tese por ele defendida, pois quatro por cento seria muito pouco para se justificar a dilação do prazo decadencial (fls. 226-227 dos autos).⁸¹

⁸¹ Foge ao escopo da presente pesquisa o debate desse argumento sobre o “grande impacto” que a aplicação do prazo decadencial poderia causar na atividade de controle externo exercida pelo TCU. Contudo, cabe registrar que o uso desse tipo de argumento, além de ser juridicamente questionável, ainda carece de comprovação empírica. Isso porque não está suportado por dados que comprovem esse impacto, baseando-se em meras suposições. Em contraposição a essas suposições, seria possível apresentar outras suposições (igualmente questionáveis), favoráveis à aplicação da decadência. Poder-se-ia supor, por exemplo, que o custo e o tempo da

A Ministra Ellen Gracie também voltou a tocar no assunto *dies a quo* para a contagem do prazo de cinco anos, propondo que o Tribunal, caso estabelecesse esse limite temporal, refletisse sobre a possibilidade de adotar como termo inicial o recebimento do ato pelo TCU. Nesse ponto, contou com o apoio do Ministro Peluso o qual afirmou que o prazo de decadência só pode contar-se a partir do dia em que o agente responsável está em condições de agir, de forma que, se o TCU não recebeu o ato, o prazo não começaria a correr, pois não poderia ainda exercer seu poder. Contudo, essa questão foi novamente posta de lado sem ser resolvida (fls. 231 e 232 dos autos).

Ao fim, apenas o Ministro Celso de Mello acompanhou a proposta de conceder a segurança em maior extensão. Prevaleceu, portanto, a tese defendida pelo Relator, no sentido de que a demora do TCU para apreciar as concessões de aposentadorias, reformas e pensões por prazo superior a cinco anos faz surgir para o interessado o direito de ser ouvido perante a Corte de Contas quando da sua decisão puder resultar a anulação ou a redução do seu benefício.

discussão processual dos atos tardiamente apreciados que são considerados ilegais pelo TCU, tanto na esfera judicial quanto na administrativa, podem superar a “economia” que se tem com a suspensão desses pagamentos ao final dessa discussão. Nesse sentido, ter-se-iam, entre outros, os seguintes argumentos: a) tanto no TCU quanto no Judiciário os processos demoram a serem apreciados; c) os custos processuais no Brasil são elevados; b) normalmente, enquanto a matéria é discutida, seja no TCU ou no STF, o interessado continua recebendo o benefício; d) depois de todo esse tempo de debate, por tratar-se, na maioria dos casos, de pessoas idosas, o período durante o qual os pagamentos irregulares ainda seriam realizados tende a ser curto, de forma que a “economia” seria pequena. Essa suposição é tão questionável quanto à referida alegação de que o reconhecimento da decadência nesses casos poderia causar grandes prejuízos aos cofres públicos. Sem a análise de todos os fatores acima mencionados, ambos os argumentos carecem de legitimidade, por serem vazios. Sobre as dificuldades de uso do argumento pragmático, é oportuno trazer as considerações Perelman “Mas o argumento pragmático não é tão fácil de ser aplicado. Como escolher, em meio a multiplicidade quase infinita das consequências possíveis de um ato, aquelas atribuíveis ao ato em questão, e a ele apenas? Sabemos quantas dificuldades surgem, quase insuperáveis em muitos casos, quando se trata de determinar os danos resultantes de uma falta. Os juízes, em desespero de causa, recorrem comumente a uma noção ligada à ideia de normalidade ou à das consequências possíveis, ou razoáveis, para deter o encadeamento das consequências com infundáveis desenvolvimentos. Semelhante política judiciária não resulta de modo algum do princípio utilitarista, que exige que se leve em consideração *todas* as consequências, boas ou más, e nunca indicou como poderia realizar uma escolha entre elas” (Perelman, 2004, p. 172/173, grifo original).

1.2 O julgamento do Mandado de Segurança n. 24.781/DF⁸²

O MS 24.781 foi impetrado contra acórdão⁸³ por meio do qual o TCU, depois de mais dez anos da concessão do benefício previdenciário e de mais cinco anos da chegada do processo administrativo àquela Corte de Contas, considerou ilegal a aposentadoria do impetrante e determinou a restituição das quantias recebidas indevidamente pelo inativo.

A aposentadoria, referente cargo de médico do INSS, foi considerada ilegal em razão da acumulação indevida dos aludidos proventos com os de mais duas aposentadorias, uma no cargo de médico e outra de professor.

O impetrante, além de defender a legalidade da acumulação de benefícios, alegou a decadência do direito de a Administração anular o ato, bem como o desrespeito ao contraditório e à ampla defesa, pleiteando a anulação da decisão do TCU. Alternativamente, argumentou que, ainda que se decidisse pela inexistência do seu direito à aposentadoria, seria incabível determinar-lhe a devolução dos valores já recebidos.

⁸² EMENTA: “Mandado de Segurança. 2. Acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União (TCU). Competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Controle externo de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Inaplicabilidade ao caso da decadência prevista no art. 54 da Lei n. 9.784/99. 4. Negativa de registro de aposentadoria julgada ilegal pelo TCU. Decisão proferida após mais de 5 (cinco) anos da chegada do processo administrativo ao TCU e após mais de 10 (dez) anos da concessão da aposentadoria pelo órgão de origem. Princípio da segurança jurídica (confiança legítima). Garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exigência. 5. Concessão parcial da segurança. I – Nos termos dos precedentes firmados pelo Plenário desta Corte, não se opera a decadência prevista no art. 54 da Lei n. 9.784/99 no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o posterior julgamento de sua legalidade e registro pelo Tribunal de Contas da União – que consubstancia o exercício da competência constitucional de controle externo (art. 71, III, CF). II – A recente jurisprudência consolidada do STF passou a se manifestar no sentido de exigir que o TCU assegure a ampla defesa e o contraditório nos casos em que o controle externo de legalidade exercido pela Corte de Contas, para registro de aposentadorias e pensões, ultrapassar o prazo de cinco anos, sob pena de ofensa ao princípio da confiança – face subjetiva do princípio da segurança jurídica. Precedentes. III – Nesses casos, conforme o entendimento fixado no presente julgado, o prazo de 5 (cinco) anos deve ser contado a partir da data de chegada ao TCU do processo administrativo de aposentadoria ou pensão encaminhado pelo órgão de origem para julgamento da legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão e posterior registro pela Corte de Contas. IV – Concessão parcial da segurança para anular o acórdão impugnado e determinar ao TCU que assegure ao impetrante o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo de julgamento da legalidade e registro de sua aposentadoria, assim como para determinar a não devolução das quantias já recebidas. V – Vencidas (i) a tese que concedia integralmente a segurança (por reconhecer a decadência) e (ii) a tese que concedia parcialmente a segurança apenas para dispensar a devolução das importâncias pretéritas recebidas, na forma do que dispõe a Súmula 106 do TCU.” (Relator: Min. Ellen Gracie, Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, DJ 09/06/2011).

⁸³ “Sumário: Aposentadoria. Acumulação indevida de dois cargos de médico com um de professor. Ilegalidade. Recusa de registro do ato. Aplicação da Súmula TCU nº 235. Determinações.” (Acórdão n. 1.958/2003 – TCU – 2ª Câmara, Relator: Min. Marcos Guilherme Palemeira, DOU 03/11/2003).

No que diz respeito ao contraditório e à ampla defesa, o TCU aduziu que o não chamamento do servidor para participar do processo de controle externo que examina atos de pessoal não configura afronta a tais princípios, uma vez que a determinação da Corte de Contas é dirigida ao órgão que emitiu o ato. Quanto à alegada decadência, sustentou a inaplicabilidade do prazo decadencial estabelecido no art. 54 da Lei n. 9.784/1999 aos processos de controle externo por meio do qual aquele órgão aprecia a legalidade de concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões para fins de registro.

Ao relatar o processo, a Ministra Ellen Gracie apresentou voto breve, defendendo a manutenção da jurisprudência dominante na Corte antes do julgamento do MS 25.116. Nesse sentido, citou novamente o entendimento firmado no MS 24.268 e concluiu que, por trata-se de ato de concessão *inicial* de aposentadoria, não se aplicariam ao caso os princípios do contraditório e da ampla defesa, nem a decadência prevista no art. 54 da Lei n. 9.784/1999. Assim, votou pelo deferimento parcial da segurança, apenas para dispensar a devolução das importâncias anteriormente recebidas pelo impetrante (fls. 22-23 dos autos).

Não obstante o posicionamento da Relatora, a maioria dos Ministros acompanhou o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de, na linha do que foi decidido no MS 25.116, conceder parcialmente a segurança para, em nome do princípio da segurança jurídica, anular a decisão do TCU a fim de garantir ao impetrante o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa. Foram vencidos a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Dias Toffoli, que a acompanhou, o Ministro Marco Aurélio, que indeferia a segurança, e o Ministro Cezar Peluso, que a concedia totalmente, para anular a decisão do TCU e reconhecer a decadência.

1.2.1 Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes

Em seu voto, que foi acompanhado pela maioria dos ministros, Gilmar Mendes explicou que o julgado envolve a discussão sobre dois pontos: a incidência das garantias do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos em que o TCU aprecia concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões; e a sujeição dessa competência do TCU à decadência prevista na Lei n. 9.784/1999 (fls. 25-29 dos autos).

Posto isso, ressaltou que, desde o julgamento do MS 24.268, a jurisprudência do STF sobre o tema tem sido objeto de novas reflexões, à luz da ponderação ente o princípio da segurança jurídica e o princípio da legalidade, levando-se em conta “as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório e sua incidência no âmbito dos processos administrativos” (fl. 29 dos autos).

Nesse sentido, após registrar seu posicionamento sobre a natureza complexa dos atos de aposentadoria, trouxe, em essência, os mesmos argumentos apresentados no julgamento do MS 25.116 e reafirmou o entendimento nele adotado (fls. 29-49 dos autos).

Em seguida, teceu algumas considerações sobre as peculiaridades do caso concreto em exame, ressaltando que o impetrante havia usufruído de sua aposentadoria por mais de onze anos, “fato que, por si só, já demonstra a existência de uma situação jurídica, criada pela própria Administração, que se tornou estável com o transcurso do tempo” (fl. 49 dos autos).

Ponderou que a acumulação de três aposentadorias pelo impetrante até poderia ser um indício de má-fé, afastando, com isso, a aplicação do princípio da proteção da confiança. Contudo, concluiu que “dúvidas sobre o conhecimento, pelo impetrante, da legalidade ou não do ato concessivo da aposentadoria, deixaram de ser relevantes após vários anos em que tal ato produziu plenamente seus efeitos” (fls. 49-50 dos autos).

Nessa linha, com esboço nos ensinamentos de Almiro do Couto e Silva (2005, p. 38-39), argumentou que, muitas vezes, à medida que o tempo passa, possíveis dúvidas sobre a legalidade do ato administrativo, gradativamente, perdem relevo diante da crescente e sempre mais robusta confiança na sua legalidade. Assim, nesses casos em que não é possível saber se o destinatário sabia ou não da ilegalidade do ato, o decurso de um prazo razoável pode fazer surgir a presunção de boa-fé por parte do administrado que, por vários anos, permaneceu submetido à situação jurídica dotada de presunção de legalidade e legitimidade (fl. 50 dos autos).

Ademais – acrescentou Mendes ainda com fundamento na referida obra de Couto e Silva – que a má-fé a que alude o art. 54 da Lei n. 9.784/1999 deve ser comprovada e só ocorre quando o beneficiário do ato contribuiu diretamente para a prática do ato administrativo ilegal, por meio de manobras fraudulentas, como quando há a apresentação de documentos pessoais falsos (fls. 50-51 dos autos).

Dessa forma, ponderou que, diante da ausência de elementos nos autos que indicassem a má-fé do impetrante, e passados mais de onze anos da concessão e mais de cinco anos da chegada do ato ao TCU, não poderia a Corte de Contas, ao julgar o processo administrativo, considerar que o interessado tinha pleno conhecimento da precariedade dos atos praticados pelo órgão público (fl. 51 dos autos).

Assim, concluiu ser aplicável ao caso o entendimento firmado no MS 25.116, no sentido de exigir que o TCU assegure a ampla defesa e o contraditório nos casos em que o controle da legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões ultrapassar o prazo de cinco anos, sob pena de ofensa ao princípio da confiança (fl. 52 dos autos).

Contudo, chamando atenção para a necessidade de contínua reflexão sobre o tema, sugeriu que a jurisprudência fosse inovada em apenas um aspecto, a fim de estabelecer que o prazo de cinco anos deve ser contado, não da data da publicação do ato pelo órgão de origem, mas da sua chegada ao TCU (fl. 52 dos autos).

Com base nesses fundamentos, o Ministro Gilmar Mendes votou no sentido de conceder parcialmente a segurança, para anular o acórdão impugnado e determinar ao TCU que assegurasse ao impetrante o exercício do contraditório e da ampla defesa no processo de apreciação da sua aposentadoria, bem como ordenar a não devolução das quantias já recebidas (fl. 52 dos autos).

1.2.2 Debates após o voto do Ministro Gilmar Mendes

Iniciados os debates, o Ministro Cezar Peluso manteve o posicionamento que adotou no julgamento do MS 25.116 e votou pela concessão integral da segurança, para anular o acórdão do TCU e reconhecer a decadência do direito da Corte de Contas determinar a anulação da aposentadoria do impetrante (fls. 53 e 58 dos autos).

O Ministro Marco Aurélio votou pelo indeferimento integral da segurança e novamente salientou que o transcurso do tempo não faz surgir o direito ao contraditório e à ampla defesa, o qual pressupõe a existência de litigantes, figura que, no caso, só passaria a existir após o aperfeiçoamento do ato (fl. 60 dos autos).

Em resposta a essas colocações do Ministro Marco Aurélio, Peluso explicou que o seu ponto de vista quanto à necessidade de se aplicar os princípios do contraditório e da ampla defesa a esses processos de controle externo, independentemente de qualquer prazo, repousa não na cláusula constitucional específica do art. 5º, inciso LV,⁸⁴ mas na cláusula anterior, do inciso LIV,⁸⁵ que estabelece que ninguém pode ser privado de qualquer bem jurídico sem o devido processo legal. Afirmou que o devido processo legal tem em seu cerne a possibilidade da pessoa defender-se do ato que vai privá-la do bem, pois, sem isso, o processo legal seria inútil (fl. 61 dos autos).

Assim, Peluso concluiu que, se desde a aposentadoria o servidor já passa a gozar de uma situação jurídica benéfica, o cancelamento desse benefício, de uma ora pra outra, sem que ele seja ouvido, viola a cláusula do devido processo legal, cujo intuito é, justamente, o de proteger o indivíduo para ele não ser surpreendido pela perda de um bem jurídico sem antes ter a possibilidade de apresentar razões para não perdê-lo.

Ao fim, os Ministros Ayres Britto, Carmén Lúcia e Ricardo Lewandowski acompanharam o voto do Ministro Gilmar Mendes. Já o Ministro Dias Toffoli, acompanhou a Relatora, votando pela concessão parcial da segurança em menor extensão, apenas para isentar o impetrante da devolução dos valores indevidamente recebidos. Quanto ao termo *a quo* para a contagem do prazo de cinco anos, nenhum dos Ministros discordou da proposta do Ministro Gilmar Mendes (fls. 54-69 dos autos).

⁸⁴ “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

⁸⁵ “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

Capítulo 2 - ANÁLISE DOS JULGADOS SOB AS LUZES DA SEGURANÇA JURÍDICA

Este capítulo analisa a decisão do STF no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 25.116/DF e 24.781/DF quanto à aplicação do princípio da segurança jurídica, tendo como foco especialmente dois aspectos: a possibilidade da realização da segurança jurídica por meio das garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, e a coerência do termo *a quo* fixado para a contagem do prazo de cinco anos. O objetivo é verificar em que medida os fundamentos utilizados pelo STF para aplicar o princípio da segurança jurídica nos casos analisados são suficientes para demonstrar a razoabilidade da solução neles adotada, bem como se essa solução encontra amparo no ordenamento normativo vigente e no magistério doutrinário sobre o tema.

2.1 A segurança jurídica e a solução adotada pelo STF

2.1.1 Fundamentação do princípio no ordenamento jurídico brasileiro

Acerca do sentido atribuído à segurança jurídica, verifica-se que, conforme foi consignado algumas vezes ao longo dos julgados, a maioria dos Ministros a compreende como um princípio jurídico amparado pelo texto da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, *caput*).⁸⁶ Além disso, ela é considerada pelos magistrados subprincípio ou “elemento conceitual” do Estado de Direito (art. 1º da Constituição Federal de 1988),⁸⁷ que se situa no mesmo nível hierárquico do princípio da legalidade.⁸⁸

⁸⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

⁸⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.”

⁸⁸ A discussão sobre a possível hierarquia entre os princípios jurídicos será aprofundada em tópico específico, ao final deste capítulo.

Essa concepção se respaldou nos ensinamentos de Almiro do Couto e Silva. Este, ao escrever sobre a Lei n. 9.784/1999, observa que ela deu expressão, no plano infraconstitucional e no tocante ao Direito Administrativo, ao princípio da segurança jurídica, o qual é um valor constitucional “que se qualifica como um subprincípio do princípio maior do Estado de Direito”, estando ao lado e no mesmo nível hierárquico do princípio da legalidade (COUTO E SILVA, 2005, p. 10-11).

Humberto Ávila, embora não discorde dessa assertiva – pois também considera a segurança jurídica um subprincípio que pode ser deduzido do princípio do Estado de Direito – entende que a fundamentação do princípio da segurança jurídica no princípio do Estado de Direito restringe excessivamente o seu significado. O autor explica que o princípio do Estado de Direito é, preliminarmente, contrário à manutenção de atos violadores do Direito, de forma que não se poderá, em nome unicamente do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito, ausente outro fundamento, dar guarida a qualquer atuação estatal que não seja conforme à lei (ÁVILA, 2012, p. 217).

Para Ávila, a Constituição Federal de 1988 institui *fundamentos diretos e indiretos* da segurança jurídica em diversos dos seus dispositivos. Os primeiros dizem respeito: àqueles em que há proteção expressa à própria segurança (como no preâmbulo, no *caput* do art. 5º e no art. 103-A, § 1º, instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004);⁸⁹ ou à eficácia reflexiva do próprio princípio da segurança jurídica, por meio da proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI)⁹⁰ (ÁVILA, 2012, p. 198 e 207-212).

⁸⁹ “PREÂMBULO: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.”

⁹⁰ “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

Já os *fundamentos indiretos* são, segundo Ávila, as regras e princípios que ou revelam meios (como as regras da irretroatividade e da anterioridade tributária, previstas no art. 150, inciso III)⁹¹ ou fins (com o princípio da publicidade dos atos processuais, art. 5, inciso LX)⁹² *menos abrangentes* dos quais pode se *induzir* os elementos estruturantes da segurança jurídica; ou traduzem fins mais amplos dos quais se podem *deduzir* os elementos da segurança jurídica (como o princípio do Estado de Direito) (ÁVILA, 2012, p. 198-200).

Assim, na opinião do referido autor, o princípio do Estado de Direito seria não o único, mas um dos fundamentos do princípio da segurança jurídica no texto constitucional, que estabelece um fim constitucional mais amplo, do qual a segurança jurídica, assim como a legalidade, pode ser deduzida. Nesse caso, a segurança jurídica atua como meio para a realização do Estado de Direito, que, nessa relação, assume a função de sobreprincípio (ÁVILA, 2012, p. 198-199).

Crítica à compreensão da segurança jurídica como simples decorrência do conceito ou do princípio do Estado de Direito também é feita por Heleno Torres, ao afirmar que essa concepção, oriunda da construção jurisprudência alemã, até pode fazer algum sentido na Alemanha, mas não tem qualquer cabimento para o direito brasileiro. Em sua opinião, embora não se possa negar que a evolução do princípio da segurança jurídica mantém fortes implicações com as experiências do Estado de Direito, afirmar a derivação principiológica daquela em relação a este exige o exame crítico de cada ordenamento (TORRES, 2012, p. 34-35).

Segundo Torres, no novo programa hermenêutico do Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica perde a característica formalista que a restringia à função de controlabilidade da insegurança por meio do controle da observância da lei, pela previsibilidade e estabilidade temporal das regras jurídicas. Ela passa a servir também à proteção da igualdade e à efetividade de direitos fundamentais, bem como à proteção das expectativas de confiança legítima. Não mais se limita a simples “fim” do Estado, caracterizando-se como direito material a ser concretizado. Por isso, no âmbito de um Estado

⁹¹ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;”

⁹² “LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”

Democrático de Direito, não se deve admitir a concepção do princípio da segurança jurídica como mera derivação do Estado de Direito. Para o autor, aceitar esse postulado “seria o mesmo que negar todo o conteúdo material da segurança jurídica, como a proteção dos direitos e liberdades fundamentais” (TORRES, 2012, p. 34-35 e 125-126).

Com base nisso, Heleno Torres refuta integralmente a tese de que a segurança jurídica seria simples derivado do Estado de Direito. Sem negar a íntima conexão entre os dois princípios, ele parte do entendimento de que a Constituição de um Estado Democrático de Direito incorpora o princípio da segurança jurídica material, com força vinculante de autoaplicabilidade, “com funções de *garantia* da certeza jurídica, estabilidade sistêmica e confiança legítima, tanto para a proteção da previsibilidade da legalidade quanto para a concretização dos direitos fundamentais”. Por isso, “antes de simples derivação, a segurança jurídica transmuda-se em ‘meio’ de efetividade da justiça e de preservação do sistema constitucional” (TORRES, 2012, p. 132).

Do confronto dessas críticas com a fundamentação dos julgados, verifica-se que, os dois Ministros que se manifestaram expressamente sobre essa questão, Ayres Britto e Gilmar Mendes, adotaram a concepção de que a segurança jurídica é “subprincípio” ou “elemento conceitual” do Estado de Direito. Contudo, as considerações do Ministro Ayres Britto estão mais alinhadas às opiniões doutrinárias acima mencionadas. Diferente do Ministro Gilmar Mendes – que faz referência à segurança jurídica apenas como “subprincípio do Estado de Direito”, justificando nesse argumento seu “assento constitucional” – Britto reconhece o *status* constitucional da segurança jurídica como direito assegurado pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, não se limitando à afirmação de que ela é elemento conceitual do Estado de Direito.

2.1.2 *Distinção terminológica: segurança jurídica X proteção à confiança*

A *proteção à confiança* por vezes é tratada como sinônimo ou como mera vertente da *segurança jurídica*. Contudo, embora esses conceitos estejam intimamente ligados, atualmente já se chegou à relativa separação entre eles. No presente trabalho, seguindo a linha da fundamentação dos julgados e os posicionamentos doutrinários colacionados neste

tópico, utiliza-se o termo *princípio da proteção à confiança* ou apenas *princípio da confiança* para representar exclusivamente o *aspecto subjetivo da segurança jurídica* e, genericamente, o termo *princípio da segurança jurídica* para tratar do sobreprincípio,⁹³ de caráter *mais amplo*, que engloba os dois aspectos da segurança jurídica, ou, ainda, para designar apenas seu *aspecto objetivo*.

Acerca desses conceitos, extrai-se dos julgados a ideia de que o princípio da proteção da confiança, compreendida esta como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica, está relacionado com os componentes subjetivos da segurança jurídica. Ele garante aos indivíduos a calculabilidade e a previsibilidade dos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. Por isso, exige o reconhecimento de certas situações jurídicas subjetivas e estabilizadas pelo transcurso do tempo em face do Poder Público, principalmente quando elas se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse poder, como no caso do ato de aposentadoria.

Essa concepção adotada nos julgados é amparada pelos ensinamentos de Almiro do Couto e Silva. Esse autor ressalta que, no Direito brasileiro, a legislação federal e, por vezes, a jurisprudência, fazem menção à segurança jurídica tendo em mente seu aspecto subjetivo, referindo-se, assim, ao que no direito alemão é denominado de *princípio da proteção à confiança* e, no direito da União Europeia, é chamado de *princípio da proteção à confiança legítima*. Apesar dessa confusão terminológica, a proteção à confiança nasce a partir da segurança jurídica, mas com ela não se confunde, havendo tendência no âmbito da doutrina a tratá-la como princípio autônomo (COUTO E SILVA, 2005, p. 3-5 e 10).

Segundo Almiro do Couto e Silva, modernamente admite-se a existência de dois princípios distintos: fala-se em princípio da *segurança jurídica* quando designam o que prestigia o aspecto *objetivo* da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da *proteção à confiança*, quando aludem ao que atenta para o aspecto *subjetivo*. Assim, a segurança jurídica é entendida como um conceito ou princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza *objetiva* e outra de natureza *subjetiva*. A primeira (objetiva) é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, até mesmo quando esses se qualificam como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao

⁹³ O termo *segurança jurídica* com esse sentido amplo é empregado por autores como Almiro do Couto e Silva (2005), Humberto Ávila (2012), Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 11-12) e Misabel Abreu Machado Derzi (2009, p. 381), entre outros.

ato jurídico perfeito e à coisa julgada. A outra (subjetiva) relaciona-se à *proteção à confiança* das pessoas no tocante aos atos, procedimentos e condutas do Estado nos mais diferentes aspectos da sua atuação (COUTO E SILVA, 2005, p. 3-4).⁹⁴

De forma semelhante, Humberto Ávila – cuja teoria é o principal alicerce doutrinário desta pesquisa no tocante à segurança jurídica – coloca a segurança jurídica como *sobreprincípio* quando examinada em relação à proteção da confiança, a qual, embora não seja mera decorrência, por dedução, do princípio da segurança jurídica, dele deriva,⁹⁵ por ser eficácia reflexa da sua aplicação, em conjunto com os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade e com os princípios definidores da atuação estatal (ÁVILA, 2012, p. 638-643 e 368).

Tratando da dimensão dinâmica⁹⁶ da segurança jurídica, Ávila distingue a *dimensão objetiva* da *dimensão subjetiva*. A primeira está relacionada à ideia de *permanência*, refere-se ao ordenamento jurídico como um todo, cuja estabilidade é condição do exercício *das liberdades* dos cidadãos. É voltada ao benefício do conjunto de liberdades, independentemente da demonstração do seu efetivo exercício individual, afetando a credibilidade institucional do Direito como pressuposto do exercício potencial das liberdades. Nessa dimensão da segurança jurídica, tem-se o que o autor denomina de *intangibilidade de situações individuais por questões objetivas*, como o decurso do tempo (decadência e prescrição),⁹⁷ a consolidação jurídica das situações (ato jurídico perfeito, direito adquirido, coisa julgada e fato gerador ocorrido), a consolidação fática das situações e a ausência de prejuízo (ÁVILA, 2012, p. 348-353 e 367-370).

⁹⁴ Distinção semelhante é feita por Canotilho, conforme trecho citado na fundamentação dos julgados objeto deste estudo (CANOTILHO, 2010, p. 257).

⁹⁵ Misabel Abreu Machado Derzi, referindo-se à segurança em sentido amplo, também entende que a proteção da confiança é deduzida da segurança jurídica (DERZI, 2009, p. 381).

⁹⁶ A distinção entre as dimensões dinâmica e estática da segurança jurídica será tratada mais adiante, no tópico destinado ao exame do conteúdo do princípio da segurança jurídica.

⁹⁷ Nesse ponto, é importante registrar a diferença entre os posicionamentos de Ávila e de Almiro do Couto e Silva, no tocante ao enquadramento da regra da decadência. O primeiro, sem fazer menção especificamente ao art. 54 da Lei n. 9.784/1999, entende que os prazos decadenciais e prescricionais, por adotarem critérios objetivos, estão relacionados à dimensão objetiva da segurança jurídica (ÁVILA, 2012, p. 352-353). Já o segundo, ao comentar a decadência administrativa estabelecida pelo art. 54 da Lei n. 9.784/1999, a vê como regra inspirada no princípio da segurança jurídica em sentido subjetivo (proteção da confiança) (COUTO E SILVA, 2005, p. 8-10, 37-38). Ambos os posicionamentos nos parecem defensáveis e coerentes dentro dos critérios semânticos fixados por cada autor. Até porque a despeito da distinção doutrinária entre a segurança jurídica em sentido objetivo e a segurança jurídica em sentido subjetivo, como será visto adiante, esses conceitos possuem íntimas conexões e não são independentes um do outro, de forma que, não prática, nem sempre é possível estabelecer qual deles inspirou determinada regra.

Já a dimensão subjetiva, segundo Ávila, está ligada à ideia de *proteção da confiança*, relativa ao exercício da liberdade de alguém, à defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido, pelo ato jurídico perfeito ou pela coisa julgada (questões objetivas), exerce sua liberdade confiando na validade (ou aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual (neles incluídos os atos administrativos e judiciais) e, posteriormente, tem sua confiança frustrada pela descontinuidade da vigência ou dos efeitos desse ato. Em decorrência dessa dimensão da segurança jurídica se fala na *intangibilidade de situações individuais por questões subjetivas*, cuja proteção, que engloba inclusive a confiança baseada em atos normativos inválidos, pressupõe uma análise de circunstâncias concretas e depende de uma ponderação com outros princípios também integrantes da segurança jurídica (ÁVILA, 2012, p. 348-352, 367-370 e 638-643).

Assim, Ávila afirma que o *princípio da segurança jurídica* qualifica uma norma objetiva, abstrata e protetiva de interesses coletivos, que serve para a proteção *das confianças* ou do *conjunto de confianças* no ordenamento jurídico, vinculando-se, portanto, à *justiça geral*. Já o *princípio da proteção da confiança* representa uma aplicação reflexiva, subjetiva e concretamente orientada do princípio objetivo da segurança jurídica, sendo o instrumento de proteção *de uma confiança*, vinculado à justiça individual (ÁVILA, 2012, p. 369).

Humberto Ávila leciona ainda que o princípio da proteção da confiança é diferenciado do princípio da segurança jurídica pelos seguintes critérios: a) *âmbito normativo* (o primeiro relaciona-se com o aspecto normativo do ordenamento jurídico, enfatizando o âmbito microjurídico e o segundo diz respeito ao ordenamento como um todo, focando o âmbito macrojurídico); b) *âmbito pessoal* (o princípio da segurança jurídica representa uma norma objetiva, não necessariamente vinculada a um sujeito específico e o princípio da proteção da confiança protege o interesse de uma pessoa específica); c) *nível de concretização* (o princípio da segurança jurídica refere-se, primordialmente, ao plano abstrato, e o da proteção da confiança ao plano concreto de aplicação); d) *amplitude subjetiva de proteção* (o princípio da segurança jurídica protege interesses coletivos e o princípio da proteção da confiança protege interesses individuais); e) *protetividade individual* (o princípio da segurança jurídica é neutro em relação ao interesse dos cidadãos e o princípio da proteção da confiança só é utilizado com a finalidade de proteger os interesses daqueles que se sentem prejudicados pelo exercício passado de liberdade juridicamente originada) (ÁVILA, 2012, p. 368-369).

Helena Torres afirma que a segurança jurídica pode coincidir tanto com a *certeza do direito* (segurança jurídica formal, princípio da certeza do direito) quanto com a *estabilidade do ordenamento* ou da confiança legítima *stricto sensu*. Coloca que a segurança jurídica *como medida de estabilidade* do direito pode ser *subjetiva* ou *objetiva*. Esta é a segurança do sistema, trata-se da segurança jurídica por excelência, na função de *estabilidade sistêmica* (objetiva), a qual se divide em: estabilidade das formas; estabilidade temporal; estabilidade por calibração ou balanceamento do sistema de normas; e segurança jurídica dos princípios (material). Ela não tem, para Torres, nada a ver com a segurança como tutela de interesses individuais ou de bens juridicamente protegidos (TORRES, 2012, p. 203-221).

De forma diversa, a segurança jurídica como *proteção da confiabilidade legítima* (segurança jurídica subjetiva) equivale à *certeza* como previsibilidade ou expectativas de condutas individuais, explica Torres. Trata-se da garantia de segurança jurídica pelo direito nas relações jurídicas e intersubjetivas e está ligada ao que a Sociologia Jurídica denomina de *sentimento social* de segurança ou de proteção (TORRES, 2012, p. 203-221).

Torres registra, ainda, que o *princípio da proteção de expectativas de confiança legítima* não se vê dotado de autonomia em relação ao *princípio da segurança jurídica*, pois aquele é a manifestação do efeito da observância deste na conduta de que o alega. O princípio da segurança jurídica em sentido objetivo requer a confiança dos jurisdicionados no bom funcionamento do sistema jurídico e esta confiança, por sua vez, apresenta-se como uma eficácia do princípio da certeza do direito ou da estabilidade do ordenamento, de modo que sempre que se verificar alguma quebra de segurança jurídica objetiva, igualmente haverá afetação à expectativa de confiança legítima (TORRES, 2012, p. 220 e 224).

Sobre esse assunto, Humberto Ávila também chama atenção para a ausência de autonomia entre os dois princípios, os quais ele vê como dimensões da segurança jurídica em sentido amplo. Ele adverte que o fato de a segurança jurídica poder experimentar uma dimensão normativa individual (princípio da proteção da confiança) e uma dimensão normativa transindividual (princípio da proteção da segurança jurídica), não quer dizer que essas dimensões não mantenham relação entre si e que não devam ser harmonizadas. Por exemplo, quando se analisa a existência de requisitos para configuração da intangibilidade de uma situação de fato, embora devam ser examinados requisitos concretos e individuais, deverá ser verificado se a proteção individual da segurança pode comprometer a realização coletiva da segurança jurídica (ÁVILA, 2012, p. 269 e 369).

Ávila explica que o princípio da segurança jurídica revela a face geral da segurança jurídica, protegendo o interesse de todos, apesar, eventualmente, do interesse de alguns; ao passo que o princípio da proteção da confiança garante o interesse de um ou de alguns apesar, eventualmente, do interesse de todos. Por essa razão, na prática, a aplicação desses princípios pode conduzir a resultados opostos, gerando, desse modo, conflito interno dentro da própria segurança jurídica, considerada como princípio maior. Nesses casos, embora uma das suas dimensões possa ser priorizada, a realização de uma nunca pode resultar na aniquilação completa da outra (ÁVILA, 2012, p. 269 e 369).

Deve-se, assim, de acordo com a concepção gradual de segurança jurídica adotada por Ávila, optar pela alternativa que, em conjunto, promova mais a segurança jurídica do que a restrinja. Até porque, a aniquilação completa de uma das dimensões acabaria, ao final, por também prejudicar a realização da outra, pois a recorrente frustração de expectativas individuais (quebra *da confiança*), por exemplo, coloca em dúvida a credibilidade (confiabilidade e calculabilidade) do ordenamento jurídico como um todo, e, por conseguinte, afeta também a segurança jurídica em seu aspecto objetivo (quebra *das confianças*).

Do mesmo modo, sempre que se verificar alguma quebra de segurança que diminua a cognoscibilidade, a confiabilidade ou a calculabilidade ordenamento jurídico⁹⁸ como um todo, igualmente haverá afetação às expectativas legítimas de cada cidadão. Não é por outro motivo que se diz que a proteção da confiança é eficácia reflexa da segurança jurídica. Assim, não obstante a separação conceitual dos dois princípios, em situações concretas precisa-se trabalhar com ambos conjuntamente.

Ao trazer esses conceitos para os casos objeto deste estudo, observa-se que, considerando que eles tratam da atuação do TCU em face de atos administrativos ilegais e da expectativa por eles gerada nos indivíduos em razão da presunção de legitimidade dos atos emanados do Poder Público, ter-se-á em foco, sob esse prisma, o *aspecto subjetivo da segurança jurídica*, princípio da proteção à confiança.

Paralelamente, tendo em vista que a argumentação desenvolvida pelo STF nos precedentes que serão examinados se fundamentou, em grande parte, na consolidação das situações em razão do decurso do tempo (elemento objetivo); bem como que o critério

⁹⁸ O sentido atribuído neste estudo aos termos *cognoscibilidade*, *calculabilidade* e *confiabilidade* baseia-se na obra de Humberto Ávila, e será abordado juntamente com a teoria acerca da segurança jurídica elaborada por esse autor, no tópico destinado à delimitação conceitual do princípio.

adotado para o início da contagem do prazo (entrada do ato no TCU) levou em conta evento que não afeta o estado psicológico individual da confiança depositada no ato administrativo, entende-se que o tema engloba também o *aspecto objetivo da segurança jurídica*.

Ambas as dimensões precisam, portanto, ser consideradas na análise do julgamento dos Mandados de Segurança ns. 24.781/DF e 25.116/DF: a objetiva quando se examina a consolidação das situações em razão do decurso do tempo na atuação do TCU e quando se analisa o marco temporal fixado pelo STF; a subjetiva quando se examina a frustração da confiança do particular no ato de aposentadoria, reforma e pensão, baseada, entre outras coisas, na presunção de legitimidade e de legalidade do ato emanado do Poder Público, a qual é fortalecida, não apenas, mas também pelo decurso do tempo.

2.1.3 Análise da coerência entre as decisões do STF e os próprios fundamentos

No tocante aos atos administrativos produzidos em desconformidade com a lei, os Ministros afirmaram que é preciso fazer uma ponderação entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, de modo que o poder anulatório da Administração deve se sujeitar a um prazo razoável. Isso porque, os atos administrativos, mesmo quando eivados de vícios, gozam de presunção de legalidade e de legitimidade, sendo necessário proteger a confiança neles depositadas pelo indivíduo. Dessa forma, concluíram que, na medida em que o ato do órgão de origem concessivo de aposentadoria, reforma ou pensão tem o condão de criar situações jurídicas com plena aparência de legalidade e de legitimidade, também a atuação do TCU deve estar sujeita a prazo razoável, sob pena de ofensa ao princípio da confiança, face subjetiva da segurança jurídica.⁹⁹

Com base nisso, decidiram que, em respeito à segurança jurídica, compreendida como princípio da proteção da confiança, o TCU deveria assegurar a ampla defesa e o contraditório ao interessado nos casos em que o exame da legalidade da concessão de aposentadoria,

⁹⁹ Conforme registrado no capítulo 1, esse argumento foi utilizado, no julgamento do MS 25.116, nos votos dos Ministros Ayres Britto, Cezar Peluso e Gilmar Medes e, no julgamento do MS 24.781, no voto do Ministro Gilmar Mendes.

reforma ou pensão ultrapassar o prazo de cinco anos, contados da chegada do ato correspondente ao órgão de controle.¹⁰⁰

Contudo, da análise dos argumentos utilizados para justificar a aplicação da segurança jurídica no caso concreto, é possível verificar que eles não são suficientes para fundamentar a solução acima mencionada, especialmente no que diz respeito a dois pontos.

O primeiro refere-se à possibilidade de realização da segurança jurídica por meio do contraditório e da ampla defesa. Não foram explicitados motivos para explicar porque a aplicação do princípio da segurança jurídica faria surgir, depois de determinado prazo, o direito subjetivo ao contraditório e à ampla defesa. Os fundamentos das decisões não estabelecem elo algum entre a segurança jurídica e essas garantias processuais, nem esclarecem em que medida o direito de exercê-las preservaria a confiança depositada pelo interessado no ato emitido pela Administração Pública.

Toda a argumentação desenvolvida em torno da segurança jurídica é no sentido de afirmar que a aplicação desse princípio deveria ensejar a preservação da situação jurídica do indivíduo quando o poder anulatório da Administração não for exercido em tempo razoável. Contudo, ao invés de decidir pela manutenção do benefício dos impetrantes, o STF optou por determinar ao TCU que lhes assegurasse o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem esclarecer os motivos dessa escolha.

Nesse sentido, aliás, foram as considerações do Ministro Cezar Peluso, ao afirmar que os argumentos utilizados para sustentar a aplicação das garantias do contraditório e da ampla defesa – especialmente aqueles relativos à segurança jurídica, à boa-fé e à proteção da confiança – justificariam o reconhecimento da decadência do poder anulatório da Administração.

Na mesma linha, são também as conclusões das principais obras doutrinárias que influenciaram a construção da tese vencedora, da lavra de Miguel Reale e de Almiro do Couto e Silva, acerca da anulação de atos administrativos pela própria Administração Pública. Ambos os autores consideram que deve haver um limite temporal para o exercício do poder

¹⁰⁰ Nesse sentido, foram as considerações dos Ministros Ayres Britto e Gilmar Mendes no julgamento do MS 25.116, bem como do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.781/DF, cujos votos contaram com a anuência da maioria dos magistrados.

anulatório pela Administração Pública, após o qual não seria mais legítima a invalidação de atos administrados que produziram efeitos favoráveis ao administrado.

Miguel Reale afirma que na esfera do Direito Administrativo deve haver menos rigorismo formal no tocante ao desfazimento de atos nulos do que no âmbito do Direito Civil. Não por menosprezo à lei, mas por ser impossível desconsiderar o valor adquirido por certas situações de fato constituídas sem dolo, ainda que eivadas de ilegalidades não percebidas ou decretadas a seu tempo. Assim, conclui que, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu a constituição de situações fáticas com forte aparência de legalidade e de legitimidade, seria absurdo que, em nome da supremacia do Estado, se concedesse às autoridades um poder infinito de autotutela, colocando em perigo a segurança das relações sociais (REALE, 1968, p. 83-86).

Opinião semelhante é a de Almiro do Couto e Silva, cujos estudos sobre o tema foram mencionados diversas vezes ao longo dos julgamentos. Muito antes do advento da Lei n. 9.784/1999, por volta de 1987,¹⁰¹ ele já entendia que, no caso de ato administrativo ilegal, deve haver uma ponderação entre os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica, de tal forma que o dever da autoridade administrativa anular o ato só existe quando, do resultado desse confronto, verificar-se que o interesse público recomenda a aplicação do primeiro em detrimento do segundo. Do contrário, se o interesse público maior for pela aplicação da segurança jurídica, a autoridade competente terá o dever de não anulá-lo (COUTO E SILVA, 2004a, p. 31).

Com base nisso, já naquela época, Couto e Silva afirmava que quando os atos administrativos inválidos permanecerem por longo tempo beneficiando particulares de boa-fé, com a tolerância do Poder Público, eles devem ser convalidados. Além disso, criticava a postura da Administração Pública brasileira de dar demasiada ênfase ao princípio da legalidade, esquecendo-se, por completo, da segurança jurídica e desfigurando o Estado de Direito (COUTO E SILVA, 2004a, p. 31).

Em estudo mais recentemente, Couto e Silva mantém sua opinião sobre o assunto. Ao escrever sobre a Lei n. 9.784/1999, observa que ela deu expressão, no plano infraconstitucional e no tocante ao Direito Administrativo, ao princípio da segurança jurídica,

¹⁰¹ A publicação a que tivemos acesso é de 2004, contudo, o artigo foi escrito pelo autor em 1987, conforme ele próprio informa em trabalho posterior (COUTO E SILVA, 2005, p. 8, nota 17).

o qual é um valor constitucional. Por isso, entende que as situações não albergadas pela regra da decadência estabelecida pelo art. 54 da referida norma – hipótese na qual, de acordo com as premissas adotadas pelo STF, se enquadram os casos objeto deste estudo – devem ser resolvidas à luz do princípio da segurança jurídica, ponderado juntamente com o princípio da legalidade. Isso porque, conforme observa o autor, a vigência do princípio constitucional da segurança jurídica é bem anterior à Lei n. 9.784/1999 e é ele que torna compatível com a Constituição Federal de 1988 a regra da decadência prevista no seu art. 54 (COUTO E SILVA, 2005, p. 10-11 e 41).

Couto e Silva afirma que, nesses casos, é permitido ao aplicador, diante do caso concreto, a despeito do transcurso de cinco anos, entender que na situação fática objetivamente considerada o princípio a ser aplicado é o da legalidade, não o da proteção da confiança. Contudo, apesar dessa possibilidade, salienta que, na aplicação do princípio da segurança jurídica (proteção da confiança), existem situações que praticamente impõe a manutenção do *status quo*, com o afastamento do princípio da legalidade. Como exemplo dessas situações, Couto e Silva cita exatamente aquelas que “envolvem proventos de aposentadorias ou pensões, em que a anulação, ainda que só com eficácia *ex nunc*, implicaria grave modificação das condições de vida dos beneficiários que confiaram em que as vantagens seriam mantidas” (COUTO E SILVA, 2005, p. 41).

No caso, o afastamento do prazo decadencial previsto na Lei n. 9.784/1999 não decorre apenas da data da entrada em vigor do diploma legal. Como já mencionado, de acordo com a jurisprudência ainda dominante do STF, a apreciação de aposentadorias, reformas e pensões pelo TCU não estaria sujeita a decadência, em razão da natureza jurídica dessas concessões (ato complexo). Contudo o raciocínio desenvolvido por Almiro do Couto e Silva amolda-se a qualquer situação que não esteja albergada pela regra do decadencial, seja em razão da entrada em vigor da norma, seja por não se tratar de ato administrativo perfeito e acabado. Assim, pode-se concluir, com espeque nos ensinamentos de Couto e Silva, que, ainda que se parta da premissa segundo a qual a apreciação de aposentadorias, reformas e pensões pelo TCU não está sujeita à regra do art. 54 da Lei n. 9.784/1999, o princípio da segurança jurídica impõe que haja um limite temporal para a invalidação desses atos administrativos.

Bem se vê, portanto, que tanto os argumentos apresentados pelos ministros quanto o magistério da doutrina utilizada para amparar suas opiniões levam à conclusão de que o

decorso do tempo justificaria a manutenção dos benefícios previdenciários, não sendo suficientes para explicar a decisão do STF.

Ambos se referem à incidência do princípio da segurança jurídica como justificativa para preservar atos administrativos inválidos, não para determinar a incidência das garantias do contraditório e da ampla defesa no âmbito do processo administrativo que culmina na anulação ou revisão do ato viciado. Com isso, não são capazes de estabelecer a ligação entre o princípio da segurança jurídica e solução de determinar que o TCU assegure o contraditório e a ampla defesa aos interessados quando demorar mais de cinco anos para examinar os atos que lhes concederam benefícios previdenciários.

O segundo ponto que suscita questionamentos está relacionado à incoerência entre os fundamentos das decisões e o marco temporal fixado para o início da contagem do prazo de cinco anos (data da chegada do ato ao TCU). O único argumento jurídico explicitado para a adoção desse marco temporal foi apresentado pelo Ministro Cezar Peluso que, durante os debates orais, afirmou que considerava razoável a adoção desse critério, pois o prazo de decadência só pode contar-se a partir do dia em que o agente responsável está em condições de agir, de forma que, se o TCU não recebeu o ato, o prazo não começaria a correr, pois não poderia ainda exercer seu poder.

No entanto, deve-se ter em conta que a decisão afastou a aplicação da decadência e decidiu com base no princípio da segurança jurídica, de forma que não seria o caso de, necessariamente, adotar o critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, mesmo que se aplicasse por analogia o raciocínio da contagem do prazo decadencial, com foi feito em relação ao referencial de cinco anos, o artigo 54, § 1º, da Lei n. 9.784/1999 – dispositivo normativo que mais se aproxima da situação em exame, conforme os próprios fundamentos dos julgados – estabelece que, no caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo para a anulação do ato deve ser contado da percepção do primeiro pagamento. A possível analogia com a decadência implicaria, portanto, a contagem do prazo a partir do início do recebimento do benefício previdenciário, não da chegada do ato concessivo ao TCU.

Além disso, segundo os argumentos da tese vencedora, a adoção do novo entendimento teve por objetivo preservar situações jurídicas subjetivas estabilizadas pelo transcurso do tempo em respeito à confiança que os indivíduos depositam nos atos emanados da Administração Pública, os quais gozam de presunção de legalidade e de legitimidade. No

entanto, a adoção da data entrada do ato no TCU como termo *a quo* para a contagem do prazo de cinco anos não se amolda a esse objetivo, pois desconsidera o fato de que essa ocorrência sequer é levada ao conhecimento do indivíduo, não influenciado nem a estabilização da sua situação jurídica nem a confiança que ele deposita no ato administrativo.

Essa inconsistência fica clara se imaginarmos, por exemplo, a situação hipotética de dois indivíduos. O primeiro está aposentado há 15 anos no momento do exame do seu benefício pelo TCU, sendo que seu ato de aposentadoria foi enviado ao órgão de controle 4 anos antes da correspondente apreciação. O segundo está aposentado há 7 anos quando seu benefício é apreciado pelo TCU, mas o ato de sua aposentadoria foi encaminhado ao órgão 6 anos antes.

Levando-se em conta apenas o aspecto temporal, é possível afirmar que a situação do primeiro indivíduo está mais estabilizada que a do segundo e que, provavelmente, a confiança do primeiro na legalidade e na legitimidade de sua aposentadoria é mais forte que a do segundo. Contudo, de acordo com a tese do STF, quem gozaria de maior proteção nessa situação seria o segundo indivíduo, o que parece incompatível com a aplicação do princípio da proteção da confiança.

Dessa forma, diante da insuficiência da fundamentação dos julgados para explicar as duas questões acima mencionadas – a relação da segurança jurídica com o contraditório e com a ampla defesa e a justificativa para o marco temporal fixado –, resta buscar respostas no ordenamento jurídico e no magistério doutrinário sobre o tema, a fim de verificar se, no tocante à aplicação da segurança jurídica, há respaldo para a solução adotada pelo STF.

Para isso, conforme foi dito na introdução, o presente estudo procura amparo na teoria de Humberto Ávila acerca da segurança jurídica, devido ao seu alinhamento às concepções e conceitos adotados nos julgados, bem como à forma abrangente e rigorosamente sistematizada que utiliza para tratar do tema.

2.2 Análise dos julgados a partir do magistério doutrinário de Humberto Ávila¹⁰²

Conforme explica Ávila, a segurança jurídica em sentido amplo, a qual engloba a *segurança jurídica em sentido objetivo* e a *proteção da confiança*,¹⁰³ possui elevado grau de abstração em razão da sua pluralidade semântica e assume diferentes funções dependendo do contexto em que está inserida, podendo ser examinada em vários aspectos, dimensões e perspectivas (ÁVILA, 2012, p. 77-89).¹⁰⁴

Assim, para compreendê-la em toda a sua amplitude e dentro da abordagem abrangente que lhe é dada por Humberto Ávila, cabe, inicialmente, definir em que sentido e sob qual ângulo a segurança jurídica é analisada pelo autor.

2.2.1 Delimitação conceitual

Ávila – ao propor um conceito não classificatório de segurança jurídica, mas gradual e polivalente, que, ao invés de se basear no dualismo *segurança-insegurança*, funda-se no espectro gradativo que oscila entre um estado de fato de *maior ou menor* segurança; um conceito mais complexo e abrangente, que não se circunscreve a um de seus elementos, a uma de suas dimensões ou a um de seus aspectos, mas a apresenta como norma que se compõe de uma multiplicidade de ideais, de dimensões e de aspectos a serem conjunta e equilibradamente considerados; um conceito centrado no controle argumentativo e constatável pelo uso da linguagem, por meio do conhecimento de critérios e de estruturas hermenêuticas, e para o qual o Direito é produto da experiência e resulta da conjugação de aspectos objetivos e subjetivos inerentes à sua aplicação, deslocando a compreensão do princípio do paradigma da

¹⁰² Parcela do que diz respeito à segurança jurídica neste capítulo, especialmente deste tópico em diante, originou-se do artigo “A SEGURANÇA JURÍDICA ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: uma análise acerca dos fundamentos normativos e dos argumentos jurídicos nos julgamentos dos Mandados de Segurança ns. 24.781 e 25.116”, o qual foi escrito pela autora a partir das leituras realizadas como ouvinte da disciplina *Jurisdição Política, Ativismo Judicial e Direitos Sociais* do Programa de Doutorado em Direito do UniCeub, ministrada pelo Professor Doutor Luís Carlos Martins Alves Jr. no segundo semestre de 2012 (PEREIRA, 2013).

¹⁰³ A distinção entre esses dois aspectos da segurança jurídica será abordada adiante, em tópico específico.

¹⁰⁴ Para uma maior compreensão sobre o problema dessa imprecisão e sobre as diversas possibilidades de exame que a Segurança Jurídica comporta, ver ÁVILA (2012, p. 39-189).

determinação para o paradigma da controlabilidade semântico-argumentativa – define a segurança jurídica como (ÁVILA, 2012, p. 93, 118-119 e 274-278):

(...) uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro (ÁVILA, 2012, p. 274).

Partindo desse conceito, nota-se que quando Ávila fala da segurança jurídica ele se refere a uma norma jurídica, ou seja, a uma prescrição normativa por meio da qual se estabelece, direta ou indiretamente, algo como permitido, proibido ou obrigatório. Embora não negue a necessária correlação de todos esses sentidos, o autor explica que, não se trata no caso da segurança jurídica como fato (dimensão fática), consubstanciado na capacidade/possibilidade dos cidadãos poderem efetivamente prever os efeitos jurídicos de atos presentes; ou da segurança jurídica como valor (dimensão axiológica), referente à aprovação ou à desaprovação a seu respeito, no sentido de ser melhor ou pior um ordenamento jurídico seguro. Trata-se de norma (dimensão normativa) que prescreve a adoção de comportamentos que incrementem a confiabilidade e a calculabilidade do ordenamento jurídico (Ávila, 2012, p. 115-116).

Observa-se, ainda, que a segurança jurídica de que fala Ávila é norma da espécie princípio.¹⁰⁵ Ou seja, na concepção do autor, trata-se de norma imediatamente finalística, que estabelece um estado ideal das coisas (fim) para cuja realização é necessária a adoção de comportamentos que provocam efeitos que contribuem para a sua promoção (meios). Por isso, seu modelo lógico pode ser representado pela expressão “para, então é preciso” (ex: *para* garantir um estado de moralidade, *então é preciso* adotar condutas sérias, leais, motivadas e contínuas). Além disso, seu procedimento de interpretação e de aplicação abrange, primordialmente, o exame da correlação entre o estado das coisas a ser promovido, em maior ou menor grau, e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua aplicação (ÁVILA, 2012, p. 118-119).

¹⁰⁵ Acerca da discussão sobre a diferença entre princípios e regras, ver as observações feitas na introdução deste trabalho.

Especificamente em relação à segurança jurídica, Ávila entende que, apesar de também apresentar a estrutura finalística comum a todos os princípios, ela se distingue dos demais princípios e regras na medida em que pressupõe a intermediação de uma realidade jurídica. Assim, para a sua aplicação é preciso relacionar um elemento normativo (princípio da segurança jurídica) com uma realidade jurídica (seja ela uma norma ou uma aplicação de uma norma), não com um elemento fático. Segundo o autor, o objeto da segurança jurídica não é, diretamente, a configuração da realidade, mas a configuração do Direito como instrumento para se configurar a realidade. Dessa forma, enquanto um princípio material qualquer pressupõe uma relação entre uma norma (princípio) e os efeitos de um comportamento (realidade fática), o princípio da segurança jurídica pressupõe o cotejo de uma norma (princípio da segurança jurídica) com os efeitos de outra norma, que pode ser legal, administrativa ou judicial (realidade jurídica) (ÁVILA, 2012, p.125-126).

Quanto à definição dos fins e dos meios que a segurança jurídica enquanto norma-princípio preconiza, Humberto Ávila ressalta a necessidade de especificar vários aspectos relacionados a cada um dos elementos estruturais da segurança jurídica para que se possa verificar quais são as condutas (meios) a serem adotadas a fim de promover o estado das coisas cuja realização ela determina. Explica que, sem esse processo analítico de redução de ambiguidades, o princípio da segurança jurídica, além de poder ser manipulado de modo arbitrário, ainda pode suscitar uma série de discussões meramente aparentes (ÁVILA, 2012, p. 120-123).

Nesse sentido, enumera as indagações essenciais à compreensão do alcance e do sentido desse princípio: a) *quanto ao fim* (aspectos finalísticos) – Segurança em que sentido (aspecto finalístico-material)? Segurança do quê (aspecto finalístico-objetivo)? Segurança para quem, na visão de quem e por quem (aspecto finalístico-subjetivo)? Segurança a ser aferida quando e a ser aplicada quando (aspecto finalístico-temporal)? Segurança em que medida (aspecto finalístico-quantitativo)?; b) e *quanto aos meios* (aspectos instrumentais): Segurança como (aspecto instrumental-material)? Segurança adotada por quem (aspecto instrumental-pessoal)? (ÁVILA, 2012, p. 121).

Em relação ao sentido da segurança que o princípio preconiza (aspecto finalístico-material), na opinião do autor, o estado ideal das coisas a ser realizado é um estado de *cognoscibilidade*, de *confiabilidade* e de *calculabilidade*. Portanto, para haver segurança jurídica, é preciso que o direito seja cognoscível, calculável e confiável. Nessa acepção, o

ideal de *cognoscibilidade* refere-se à *perspectiva estática* e atemporal, significando a possibilidade, formal ou material, de conhecimento dos sentidos possíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação que possam ser reconstruídos por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis. Em outras palavras, em perspectiva estática, para o direito ser seguro, é preciso que o indivíduo tenha capacidade de compreender o seu conteúdo (ÁVILA, 2012, p. 128-129 e 274).

A *confiabilidade*, por sua vez, refere-se à perspectiva *dinâmica retrospectiva* (voltada para o passado), denotando a exigência de estabilidade na mudança, como a proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição de cláusulas de equidade, abrangendo os elementos que proíbem a modificação ou determinado tipo de modificação no presente daquilo que foi conquistado no passado. Nessa perspectiva, a segurança jurídica estabelece a promoção de um estado das coisas em que os atos de disposição dos direitos fundamentais de liberdade são respeitados graças à exigência de estabilidade, de durabilidade e de irretroatividade do ordenamento jurídico (ÁVILA, 2012, p. 130-131 e 274-275).

Já a *calculabilidade* diz respeito à perspectiva *dinâmica prospectiva* (com foco no futuro), sendo vista como a capacidade de antecipar e medir o espectro reduzido e pouco variável de consequências atribuíveis abstratamente a atos ou fatos e o espectro reduzido de tempo dentro do qual a consequência definitiva será efetivamente aplicada, referindo-se aos elementos que prescrevem o ritmo da mudança, no futuro, daquilo que está sendo realizado no presente. Trata-se, pois, do estado das coisas em que o cidadão é capaz prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo, antecipadamente, o âmbito de discricionariedade dos atos estatais (ÁVILA, 2012, p. 131-132 e 274-275).

Eis um dos pontos da teoria de Ávila que relaciona a segurança jurídica com a razoável duração do processo. Na medida em que a calculabilidade exige não só que o cidadão “possa planejar livre e autonomamente o seu futuro por meio do conhecimento antecipado das consequências a que estará sujeito”, mas também que ele possa prever minimamente o espectro de tempo, não muito longo, dentro do qual essas consequências serão aplicáveis, a razoável duração do processo torna-se uma das condições para a realização da segurança jurídica (ÁVILA, 2012, 629-631).

A respeito da adoção de um conceito de segurança jurídica vinculado à ideia de calculabilidade, em substituição à ideia de previsibilidade absoluta, Ávila ressalta que isso não implica a ausência de controle das previsões. Segundo ele, a atividade interpretativa é reconstrutiva, no sentido de que constrói significados, mas não é discricionária, porque a norma de decisão é constrangida pelo sentido dos textos, de forma que a aceitação de certa margem de indeterminação da linguagem não autoriza o “vale tudo” interpretativo (ÁVILA, 2012, p. 258-259).

Nesse ponto, o autor esclarece que o conceito por ele formulado parte de uma concepção de Direito *intermediária* entre as concepções objetivistas (que veem o Direito como um objeto previamente dado, com sentidos predeterminados) e as argumentativas (que compreendem o Direito como uma atividade argumentativa), trabalhando com a ideia de que o Direito envolve a composição harmoniosa entre atividades semânticas e argumentativas, de forma que a sua realização requer a reconstrução de significados e de estruturas argumentativas de legitimação e de fundamentação. Como consequência, a segurança jurídica deixa de ser mera exigência de predeterminação para consubstanciar o dever de controlabilidade jurídico racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais. Por isso a segurança jurídica envolve também elementos que devem permear o processo de aplicação do Direito, não apenas aqueles presentes no seu resultado (ÁVILA, 2012, p. 259-261).

Essa concepção evidencia mais uma relação de fundamental importância para este trabalho, a da segurança jurídica com o devido processo legal. Ela ressalta que, para haver segurança jurídica, não só o resultado, mas o processo de aplicação do Direito, por qualquer dos poderes, deve ser seguro, pois, sem um processo seguro de aplicação do direito, não se pode confiar no seu resultado. E, para ser seguro, esse processo precisa ser controlável, o que pressupõe o respeito ao devido processo legal e, por conseguinte, ao contraditório, à ampla defesa e à razoável duração do processo.

Voltando aos aspectos finalísticos da segurança jurídica, quanto ao objeto (aspecto finalístico-objetivo), Ávila entende que a segurança jurídica pode referir-se tanto ao ordenamento jurídico como um todo, quanto a uma norma geral ou individual ou, ainda, a um comportamento. No tocante ao sujeito (aspecto finalístico-subjetivo), o princípio deve, para o autor, ser assegurado pelos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, e destina-se a

proteger o particular, não podendo ser invocado em benefício do Estado (ÁVILA, 2012, p. 263-264).¹⁰⁶

Ainda no âmbito do aspecto finalístico-subjetivo, Ávila coloca que a segurança tanto pode ser considerada um princípio objetivo do ordenamento jurídico, em *dimensão objetiva* e impessoal, hipótese na qual se fala em princípio da segurança jurídica em sentido estrito; como pode experimentar aplicação reflexiva relativamente a um sujeito específico, na *dimensão subjetiva*, referindo-se ao chamado princípio da proteção da confiança legítima (ÁVILA, 2012, p. 267).

Quanto ao momento, aspecto finalístico-temporal, Ávila ressalta que se deve buscar a segurança jurídica do passado, do presente e do futuro. A aplicação do princípio deve envolver a análise das três dimensões de tempo, não podendo, por exemplo, a pretexto de proteger a segurança do passado, comprometer em maior medida a segurança do presente e do futuro. Assim, segundo o autor, quando a proteção da segurança jurídica em relação a uma das dimensões temporais enseja sua restrição em relação às outras, deve-se optar pela alternativa que, conjuntamente, promova em maior medida os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito (ÁVILA, 2012, p. 270-271).

Na opinião de Ávila, o mesmo ocorre em relação aos demais aspectos finalísticos anteriormente mencionados, pois o princípio da segurança jurídica só pode servir de fundamento para uma decisão quando restar comprovado, por meio de uma argumentação racional, que a solução adotada é a que, na média, promove em maior grau todos os seus aspectos conjuntamente. Ou seja, quanto ao aspecto finalístico-quantitativo, o autor entende que deve ser garantida a segurança jurídica *total* (em todos os seus aspectos), de modo que, no conjunto, ela seja mais promovida do que restringida (ÁVILA, 2012, p. 270-271). Do contrário, a segurança jurídica poderá servir de instrumento para decisões arbitrárias que, sob o pretexto de proteger um de seus aspectos, acabam por restringir, em maior medida, os demais.

¹⁰⁶ Para Humberto Ávila, o comportamento objeto de proteção pela segurança jurídica seria notadamente um comportamento Estatal (ÁVILA, 2012, p. 263). Contudo, tratando-se da segurança jurídica em sentido amplo, acredita-se que não há essa restrição, podendo haver incidência do princípio também nas relações entre particulares, especialmente se ele for analisado na concepção ampla proposta por Ávila. Exemplo disso é a aplicação dos institutos civilistas do *venire contra factum proprium*, da *supressio* e da *surrectio*, variações do princípio da boa-fé objetiva, o qual, conforme ressalta Heleno Torres, possui íntima relação com a proteção da confiança, vertente subjetiva da segurança jurídica (TORRES, 2012, p. 218). Também a decadência e a prescrição no âmbito do direito civil são regras que visam à segurança jurídica em sentido amplo.

Quanto aos meios necessários para a promoção da segurança jurídica (aspectos instrumentais), tem-se, como destinatários do dever de agir, os três Poderes e, como beneficiários do dever de agir, os cidadãos (aspecto instrumental-pessoal). Já o aspecto instrumental-material refere-se à adoção de comportamentos que provoquem efeitos que contribuam para a promoção de um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito. Assim, no aspecto material, a definição dos meios para a promoção da segurança jurídica, por tratar-se de princípio, se dá, não pela descrição das condutas que devem ser realizadas, mas pelos efeitos dessas condutas (ÁVILA, 2012, p. 187-188 e 264).

Por fim, segundo o conceito formulado por Humberto Ávila, a segurança jurídica possui caráter instrumental, pois ela não é fim em si mesmo, mas instrumento para a realização de outros fins. De um lado, ela serve para garantir os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade, pois, sem confiabilidade e calculabilidade da atuação estatal, o indivíduo não tem como exercer o direito de, livremente, planejar e conceber o seu futuro. De outro lado, ela é instrumento necessário para a realização das finalidades estatais, pois o exercício da ação e do planejamento estatal pressupõe a permanência de regras válidas. Não se trata, segundo ele, de um benefício do Estado, mas de um benefício do particular, para que ele possa controlar a atividade estatal (ÁVILA, 2012, p. 271).

A partir dessas considerações, verifica-se que a segurança jurídica na concepção adotada por Ávila não estabelece como fim a ser alcançado um estado de completa vinculação, consistência, certeza e previsibilidade do Direito, ideal que, dada a vagueza inerente ao próprio Direito, seria intangível. O que o princípio preconiza, na opinião do autor, é, simplesmente, a aplicação racional e razoável do Direito (ÁVILA, 2012, p. 283-284).

De posse de todos esses conceitos e esclarecimentos, essenciais para a compreensão da teoria da segurança jurídica de Humberto Ávila, e estando estabelecidos alguns parâmetros necessários para evitar imprecisões e ambiguidades no trado do princípio (dada a pluralidade de significados, elementos, dimensões e perspectivas que ele comporta), cabe discorrer sobre o conteúdo que lhe é atribuído pelo referido autor.

2.2.2 Conteúdo da segurança jurídica (objetiva e subjetiva) em perspectiva dinâmica

No presente estudo – cujo objetivo é analisar os fundamentos normativos e os argumentos jurídicos invocados nos julgamentos dos Mandados de Segurança ns. 24.781/DF e 25.116/DF –, a segurança jurídica, seguindo a classificação proposta por Ávila, é examinada com foco na *dimensão dinâmica* que, conforme mencionou-se no tópico acerca da distinção terminológica entre a segurança jurídica e a proteção da confiança, abarca ainda as dimensões *objetiva* e *subjetiva*. Não obstante a efetivação do princípio envolva necessariamente as duas dimensões (estática e dinâmica), optou-se por dar ênfase neste trabalho à dimensão dinâmica, na qual estão inseridas as questões relativas ao tempo e à permanência, porque a argumentação dos mencionados precedentes se desenvolveu essencialmente em torno do decurso do tempo e da maior aparência de legitimidade que ele confere aos atos emanados do Poder Público.

O princípio da segurança jurídica em sentido amplo, na linha proposta por Humberto Ávila, pode ser analisado em duas dimensões: a estática e a dinâmica. A *dimensão estática*, que está associada ao conteúdo do direito, diz respeito ao problema do *conhecimento do direito* (ao seu saber) e *da comunicação no direito*. Revela quais as qualidades, os requisitos estruturais, que ele deve possuir para ser considerado seguro e servir de *instrumento de orientação* ao cidadão. Trata-se, nesse aspecto, das condições ou qualidades necessárias para que o direito possa ser objeto de conhecimento tanto do ponto de vista material, quanto do ponto de vista intelectual, pois, para obedecer a norma, o cidadão precisa não só ter acesso a ela (cognoscibilidade material) como ter a possibilidade de compreender o que ela determina, proíbe ou prescreve (cognoscibilidade intelectual). Nesse sentido, o Direito deve ser *compreensível* (ÁVILA, 2012, p. 295-297 e 305).

Já a *dimensão dinâmica* refere-se, para Ávila, ao problema da ação no tempo e revela quais ideais devem ser garantidos para que o Direito possa assegurar direitos e expectativas ao cidadão, servindo-lhe de *instrumento de proteção*. Em tal aspecto, o direito deve ser *calculável*, permitindo que o cidadão possa saber quais as mudanças podem ser feitas e quais não podem, para não ter seus direitos frustrados; e *confiável*, garantindo que o cidadão tenha condição de saber como e quando as mudanças podem ser realizadas, para não ser surpreendido. Trata-se, portanto, de buscar os requisitos relacionados não mais à *norma*, como

na dimensão estática, mas os requisitos relativos aos *atos* indispensáveis à sua aplicação (ÁVILA, 2012, p. 297-298 e 345).

Embora sem utilizar a mesma terminologia empregada por Humberto Ávila, Heleno Torres, ressaltando que a separação se dá apenas para fins heurísticos, adota uma classificação tripartite (a qual guarda certa semelhança com a acima mencionada) quando trata dos *âmbitos funcionais do princípio da segurança jurídica*. Ele separa a *função de certeza da segurança jurídica* (segurança jurídica formal) da *segurança jurídica por estabilidade do sistema jurídico* ou da confiança legítima *stricto sensu*. Na primeira, discorre sobre a função de certeza e acessibilidade da legislação, sobre as regras de validade, procedimentos e competências que concorrem para a constituição das fontes do direito, e sobre o efeito de orientação e de certeza que elas produzem nos indivíduos (TORRES, 2012, p. 203-215).

Na segunda, Torres coloca que a *segurança jurídica como medida de estabilidade do sistema normativo* pode ser *subjetiva* ou *objetiva*. Esta é a *segurança do sistema*, trata-se da *segurança jurídica por excelência*, na função de *estabilidade sistêmica* (objetiva), a qual se divide em: estabilidade das formas (compreende a coerência estrutural no tocante à coordenação das normas e órgãos entre si, respeito à hierarquia e competências); estabilidade temporal (preservação das situações consolidadas no tempo); estabilidade por calibração ou balanceamento do sistema de normas (princípios implícitos de proibição de excesso, proporcionalidade e razoabilidade); e *segurança jurídica dos princípios* (material, abrange todos os meios necessários à efetivação dos princípios). Já a *segurança jurídica subjetiva*, refere-se ao campo experiencial de aplicação do direito por autoridades ou órgãos públicos, à proteção da confiabilidade legítima *stricto sensu* (TORRES, 2012, p. 203-215).

Em um olhar atento, nota-se que a *segurança jurídica enquanto efetividade de critérios objetivos de certeza do direito* de que fala Torres (princípio de certeza do direito), assemelha-se em grande parte à *dimensão estática* mencionada por Ávila. Da mesma forma, a *segurança jurídica como medida de estabilidade do sistema normativo*, que Torres divide em *subjetiva* e *objetiva*, possui muita similitude com a *dimensão dinâmica* da classificação adotada por Ávila.

2.2.2.1 Dimensão Objetiva: intangibilidade das situações individuais por questões objetivas

A *Segurança jurídica em sentido objetivo*, examinada na *dimensão dinâmica*, envolve, segundo a teoria de Humberto Ávila, os aspectos relativos à *permanência do ordenamento jurídico* pela manutenção do seu conteúdo (cláusulas pétreas, resistência à modificação do núcleo axiológico da Constituição) e das suas normas (exigência de durabilidade do ordenamento jurídico como um todo, para que ele tenha credibilidade e os cidadãos possam exercer suas liberdades). Engloba, ainda, a exigência de *intangibilidade das situações individuais por questões objetivas* – parte que mais interessa ao presente estudo – relativas: a) ao transcurso do tempo; b) à consolidação fática das situações; c) à consolidação jurídica das situações; d) ou à ausência de prejuízo (ÁVILA, 2012, p. 348-366).

Nesse sentido (objetivo), a segurança jurídica corresponde à segurança do ordenamento jurídico, do sistema na sua integridade, não se confundindo com a segurança da conformidade das relações intersubjetivas (proteção da confiança). Trata-se, para Torres, da segurança jurídica por excelência, na função de estabilidade sistêmica (TORRES, 2012, p. 211-212).

Ávila entende que a intangibilidade de situações individuais pelo *decurso do tempo* ocorre quando se opera a decadência ou a prescrição.¹⁰⁷ Isso porque, em ambas, as situações são consolidadas em razão de prazos objetivamente previstos no ordenamento jurídico, com o fim de estabelecer um estado de confiabilidade, os quais são aplicados independentemente de questões subjetivas, como a análise da efetiva manifestação de confiança¹⁰⁸ pelos interessados (ÁVILA, 2012, p. 352-355).

¹⁰⁷ Com classificação um pouco diferente, Heleno Torres coloca que a *segurança jurídica por estabilidade temporal* engloba, além da decadência e da prescrição, os regimes do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e da irretroatividade de atos jurídicos não benignos aos seus destinatários. Afirma, ainda, que essa modalidade de segurança jurídica garante o destinatário das normas contra mudanças inoportunas ou frequentes, justifica modulações dos efeitos de decisões, admite a manutenção de atos anuláveis ou revogáveis em função do tempo ou da demonstração de confiança na sua validade (TORRES, 2012, p. 531-535, p. 213). Da forma que o autor abordou a matéria, trata-se de posicionamento coerente, especialmente se considerarmos que as divisões ora propostas visam apenas a facilitar a compreensão do tema, por meio da sua sistematização, pois, na prática, a efetivação da segurança jurídica envolve, simultaneamente, todas as perspectivas (estática, dinâmica, objetiva e subjetiva). Acerca dessas diferenças classificatórias, ver também o comentário feito na nota de rodapé n. 97, acerca da diferença de enquadramento dada por Ávila e por Almiro do Couto e Silva à decadência.

¹⁰⁸ Sobre a desnecessidade de efetiva manifestação de confiança no caso da decadência administrativa, ver também Almiro do Couto e Silva. Este – embora, diferentemente de Ávila enquadre o referido instituto na aplicação do princípio da segurança jurídica em sentido subjetivo (proteção da confiança), conforme registrado

No caso desses institutos, o próprio legislador já pondera o conflito entre os princípios da segurança jurídica e da legalidade (ou entre a segurança jurídica e a justiça) e estabelece a regra para a solução do problema. Não há, aqui, espaço para o aplicador realizar a ponderação e decidir, com base em critérios subjetivos, qual desses valores vai prevalecer no caso concreto. Atendidos os requisitos estabelecidos na norma, não lhe resta alternativa se não reconhecer a ocorrência da prescrição ou da decadência (COUTO E SILVA, 2005, p. 21-22 e 25).¹⁰⁹

No ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se diversas situações em relação às quais o legislador, prestigiando a segurança jurídica, estabeleceu prazos prescricionais ou decadenciais. Como exemplo, citam-se: na Constituição Federal de 1988, o art. 37, inciso III, § 5º, que trata da prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que cause prejuízos ao erário, o art. 7º, inciso XXIV, o qual estabelece o prazo prescricional da ação relativa a créditos resultantes da relação de trabalho, e o art. 146, inciso III, alínea *b*, que reserva à lei complementar a disciplina sobre, entre outras questões, prescrição e decadência tributários, matéria que foi tratada pelo Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966) nos arts. 156, V (causas de extinção do crédito tributário), 168 (extinção do direito de pleitear a restituição) 169 (prescrição da ação anulatória de decisão administrativa denegatória de restituição), 173 (extinção do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário) e 174 (prescrição da ação de cobrança do crédito tributário); na Lei n. 9.784/1999, o art. 54, o qual estabelece o prazo decadencial do direito da Administração de anular seus próprios atos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários; e no Código Civil, os arts. 189 a 211, que tratam da prescrição e da decadência.

Já a *consolidação jurídica das situações* ocorre, segundo Ávila, nas hipóteses relativas aos institutos da *coisa julgada*, do *ato jurídico perfeito* e do *direito adquirido*¹¹⁰

na nota de rodapé n. 97 deste trabalho – ressalta que o art. 54 da Lei n. 9.784/1999 não exige que a confiança do destinatário seja digna de proteção, o que se comprovaria por atos concretos por ele realizados. Basta, segundo ele, que o destinatário não tenha contribuído, com sua conduta, para prática da ilegalidade (COUTO E SILVA, 2005, p. 37).

¹⁰⁹ Embora essas considerações de Almiro do Couto e Silva se refiram especificamente à decadência prevista no art. 54 da Lei n. 9.784/1999, elas podem ser aplicadas de maneira geral aos institutos da decadência e da prescrição.

¹¹⁰ O enquadramento desses institutos como manifestação da segurança jurídica em seu aspecto objetivo também é ressaltado por Almiro do Couto e Silva, o qual observa que, no direito brasileiro, tem-se uma antiga tradição de proteção constitucional ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, *pontos nos quais se revela a segurança jurídica no seu aspecto objetivo*, motivo porque talvez não tenha havido grande preocupação na identificação da segurança jurídica vista pelo ângulo subjetivo da proteção à confiança, como princípio

(expressamente protegidos contra a vontade do legislador entre os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXVI), ou, ainda, quando há proteção contra a *irretroatividade* de normas para atingir *fato gerador ocorrido* (ÁVILA, 2012, p. 355-357).

Conforme a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 6º, § 1º), o *ato jurídico perfeito* é aquele já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, de forma que, com a proteção constitucional, ele não pode ser atingido por uma nova norma que venha a alterar os requisitos para a sua constituição (ÁVILA, 2012, p. 357).

O *direito adquirido* – cuja proteção advém da eficácia ampla do direito de proteção patrimonial, decorrente dos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade – é aquele surgido pela concretização dos requisitos legais necessários à eficácia de fatos ou de atos jurídicos com base em norma anterior, vigente no momento de sua verificação, os quais não podem ser alcançados por nova norma. Trata-se, assim, da proteção do direito e dos efeitos desses atos ou fatos concretizados com base na norma anterior (ÁVILA, 2012, p. 357-358).

Já a *coisa julgada* refere-se a situações abrangidas por decisão judicial da qual não caiba mais recurso, cujos efeitos a constituição proíbe que sejam afetados por nova norma. A cláusula de proteção visa, nesse caso, por fim à discussão de forma objetiva, independentemente da justiça ou da injustiça da decisão (questões subjetivas), de modo a proteger a confiança depositada pelos indivíduos alcançados pela eficácia subjetiva da coisa julgada e respeitar o estado de *confiabilidade* do ordenamento jurídico (ÁVILA, 2012, p. 358-361).

Por fim, tem-se ainda a consolidação jurídica das situações em face da proteção do *fato gerador ocorrido* contra a incidência de lei nova, a exemplo do art. 150, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal de 1988, que proíbe a tributação de fatos geradores ocorridos antes da vigência da lei que os houver instituído (ÁVILA, 2012, p. 361-362).¹¹¹

No caso da *consolidação fática*, Ávila enquadra as situações que, embora não protegidas por norma que dê suporte à produção dos seus efeitos – como nos casos do direito adquirido,

constitucional, situado no mesmo plano de importância do princípio da legalidade (COUTO E SILVA, 2005, p. 9).

¹¹¹ Humberto Ávila, ao tratar do *fato gerador ocorrido*, menciona apenas essa hipótese, uma vez que o foco de sua obra é a segurança jurídica no direito tributário (2012, p. 361-362). Contudo cuida-se do mesmo raciocínio aplicado à irretroatividade da lei penal mais grave, prevista no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

do ato jurídico perfeito, da decadência e da prescrição – estão de tal forma consolidadas do ponto de vista fático, que a desconstituição retrospectiva dos seus efeitos se revela, no âmbito do Direito, proibida. Em casos assim, o Supremo Tribunal Federal costuma falar em “situação consolidada pela força normativa dos fatos” que não pode ser desconsiderada pelo Direito (ÁVILA, 2012, p. 362).

Exemplo disso, na opinião de Ávila, ocorreu no julgamento do MS 24.268,¹¹² que, como visto, tratou de decisão unilateral do TCU por meio da qual foi determinada a suspensão do benefício de uma pensionista que já o recebia por 18 anos. Mesmo considerando tratar-se de situação de fraude, o STF, com base no princípio da segurança jurídica, concedeu a segurança para determinar a observância do devido processo legal.

Na ocasião, embora o voto condutor da deliberação tenha feito referência à proteção da confiança, Humberto Ávila entende que, dada a caracterização de adoção fraudulenta, a rigor, o elemento gerador da intangibilidade “não foi a proteção da confiança legítima, mas a consolidação da situação de fato cuja preservação, na hipótese de transcurso de longo período, independe, inclusive, da boa-fé do beneficiário” (ÁVILA, 2012, p. 362-365).¹¹³

Voltando às causas da intangibilidade de situações individuais por questões objetivas, Ávila fala ainda da *ausência de prejuízo*. Esta se dá quando, embora ilegalmente praticado o ato, a finalidade legal é atingida por via transversa, inexistindo qualquer prejuízo para as partes envolvidas. É o que acontece, por exemplo, quando o judiciário reconhece a validade de atos administrativos praticados por funcionários de fato, no exercício irregular da função

¹¹² A ementa do MS 24.268 está transcrita na nota de rodapé n. 40 deste trabalho.

¹¹³ Com opinião diferente sobre os fundamentos do citado Mandado de Segurança n. 24.268, Almiro do Couto e Silva considera pouco convincente a justificativa do STF para manutenção do ato administrativo inválido, baseada na *situação de fato* por ele constituída. Afirma que “Não se compreende, na verdade, seguindo a linha da argumentação adotada, como situação de fato, nascida de ilegalidade, pode transformar-se em situação de direito com as características que o habilitam a ser defendido por Mandado de Segurança”. Para o referido autor, não obstante o exemplo do direito privado da usucapião, em que uma situação de fato termina por resultar na aquisição do direito de propriedade, seria despropositado, à míngua de princípio constitucional ou de disposição legal, tentar estabelecer, no direito público, analogia com aquele instituto. Com base nessas críticas, conclui, referindo-se ao princípio da segurança jurídica em sua *dimensão subjetiva* (proteção da confiança), que “A única solução para o problema que se apresenta adequada é a que identifica, no ordenamento constitucional, princípio do mesmo nível hierárquico do que o da legalidade, e que com este possa ser ponderado, num *balancing test*, em face da situação concreta em exame” (COUTO E SILVA, 2005, p. 14-15). Assim como no caso do enquadramento da decadência, essa diferença de opinião entre Couto e Silva e Humberto Ávila decorre da sutil diferença de sentidos que cada um deles atribuiu ao princípio da proteção da confiança. Couto e Silva utiliza concepção mais abrangente, por isso entende que no caso do MS 24.268 o STF aplicou o princípio da proteção da confiança. Já Ávila utiliza concepção mais restrita, enquadrando o mesmo caso na aplicação da segurança jurídica em sentido objetivo. Ambos os posicionamentos são coerentes com as concepções por eles adotadas.

pública, por não prejudicarem os sujeitos interessados. A ausência de prejuízo opera, nesses casos, como fator estabilizador do ato impugnado (ÁVILA, 2012, p. 365-366).

Todas as hipóteses acima mencionadas como razões justificadoras da preservação de situações individuais referem-se, segundo Ávila, a fatores cuja análise independe de elementos subjetivos. Os atos ou fatos jurídicos são conservados em respeito à dimensão objetiva da segurança jurídica. Prestigia-se a confiabilidade e a calculabilidade do ordenamento independentemente de questões como a legitimidade originária das situações preservadas, a presença de boa-fé ou a efetiva manifestação de confiança dos envolvidos.

2.2.2.2 Dimensão Subjetiva: intangibilidade das situações individuais por questões subjetivas

Além das hipóteses atinentes a aspectos objetivos, Humberto Ávila aborda também situações em que atos ou fatos jurídicos tornam-se intangíveis por motivos relacionados a questões subjetivas, aferíveis diante de situações concretas. Tem-se, aqui, a vertente *subjetiva* da segurança jurídica, também chamada de princípio da proteção da confiança ou da *proteção da confiança* legítima *stricto sensu*, que, com já mencionado, insere-se na *dimensão dinâmica* da segurança jurídica, por relacionar-se ao problema da ação no *tempo*.

A propósito, o caráter temporal da proteção da confiança é ressaltado também por Misabel Abreu Machado Derzi. Essa autora, ao abordar a distinção entre o princípio da proteção da confiança e a boa-fé objetiva, afirma que o primeiro tem uma dimensão temporal importante, nem sempre presente em todos os casos de aplicação da boa-fé objetiva. Explica que a proteção da confiança envolve uma relação no tempo, pois se trata de um estado cuja complexidade já foi reduzida no presente, que se pretende seja assegurado no futuro, de modo que a violação da confiança configura o evento que desarranja a estabilidade do presente. Em outra passagem, ela volta a tocar nessa questão, dedicando um tópico específico de sua obra para discorrer sobre a relação entre a formação da confiança e o tempo (2009. p. XXIII-XXIV, 325-328 e 373-374).

Humberto Ávila explica que o princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais quando o particular, não protegido pelos institutos do

direito adquirido, do ato jurídico perfeito, ou da coisa julgada, exerce sua liberdade confiando na validade, ou na aparência de validade, de conhecido ato normativo geral ou individual (o qual pode ser judicial, administrativo ou legislativo) e, posteriormente, tem sua confiança frustrada pela descontinuidade da vigência ou dos efeitos do ato normativo, seja por simples mudança, seja por revogação, anulação, ou, ainda, por declaração de sua invalidade. Diferentemente do que ocorre com o direito adquirido, com o ato jurídico perfeito e com a coisa julgada, a proteção da confiança não é amparada de forma expressa pela atual Constituição (ÁVILA, 2012, p. 366 e 368).

No entanto, sendo ela eficácia reflexa do princípio da segurança jurídica, e considerando o disposto no art. 5, § 2º, do texto constitucional, que incorpora outros direitos e garantias decorrentes dos princípios adotados pela Constituição, na opinião de Ávila, não há razão para se excluir a proteção da confiança do rol de direitos e garantias ali previstos. A falta de previsão expressa tem como consequência apenas o fato de que sua aplicação depende da ponderação concreta com outros princípios, ao contrário do que ocorre com o ato jurídico perfeito, com a coisa julgada ou com o direito adquirido, situações nas quais a ponderação já foi feita pelo legislador ao instituir regra jurídica para esses casos (ÁVILA, 2012, p. 368).

No mesmo sentido, Derzi assinala que não há em nosso ordenamento incompatibilidade alguma entre a proteção da confiança e a irretroatividade das leis para alcançar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Pelo contrário, segundo a referida autora, a proteção que a Constituição prevê em tais hipóteses específicas é tão forte que inexistente a necessidade de se testar os requisitos da confiança porque ela já está pressuposta (DERZI, 2009, p. 414).

Humberto Ávila enumera como pressupostos para a proteção da confiança os seguintes elementos: a) uma base da confiança (manifestação, regular ou irregular, do Poder Público); b) uma confiança nessa base; c) o exercício da confiança na base que a gerou; e d) a frustração dessa confiança por ato posterior e contraditório emanado do Poder Público (ÁVILA, 2012, p. 366-367).¹¹⁴

¹¹⁴ De forma semelhante, embora não idêntica, Misabel Abreu Machado Derzi enumera os seguintes pressupostos para a proteção da confiança no Direito Público: a) fato comissivo ou omissivo do Estado, realizado no passado, que desencadeará a confiança do cidadão, ou estará apto a fazê-lo; b) configuração da confiança percebida e justificada; c) confirmação da confiança, que incorpore o futuro, por meio de decisões, ações e comportamentos decorrentes (aspecto dispensado em certas circunstâncias); d) avaliação do interesse público predominante, em relação à mudança de comportamento do Estado, que o cidadão caracteriza como violação da

No tocante à *base da confiança*, Ávila entende que o âmbito de aplicação do princípio não abrange apenas os atos praticados com base em atos normativos válidos que tenham sido modificados sem que o particular esteja acobertado pelas garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada. O princípio protege ainda os atos, concluídos ou iniciados,¹¹⁵ praticados com base em atos normativos revestidos de legalidade meramente aparente, ou nem isso, cuja anulação retrospectiva causaria frustração da expectativa individual sobre eles lançada.¹¹⁶ Por essa razão, o autor afirma que sua aplicação sempre envolve tensão com outros princípios também integrantes da segurança jurídica, como o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes (os quais autorizam o Estado a mudar sua orientação), ou o princípio da legalidade (quando se trata de proteger a confiança depositada em atos ilegais, a exemplo dos casos concretos que são objeto deste estudo) (ÁVILA, 2012, p. 366-367 e 267-268).

Ávila ressalta que a possibilidade de proteção da confiança gerada por atos administrativos inválidos e por leis inconstitucionais corrobora a tese de que o que caracteriza a *base da confiança* é sua *aptidão para servir de fundamento para o exercício dos direitos de liberdade e de propriedade*, não os requisitos que ela possua. Por isso, ele defende a

confiança; e) consequências positivas para a manutenção da confiança (assegurando-se ao prejudicado o ato indutor da confiança) ou negativas (autorização imediata da modificação, com compensação dos prejuízos sofridos pelo cidadão), a depender da avaliação do interesse público predominante (DERZI, 2009, p. 390-393). Já Heleno Torres fala em: a) situação passível de proteção; b) legitimidade da conduta de quem alega a eficácia da confiança; c) titularidade; e d) ato de órgão ou de autoridade pública que contrarie o direito exercido em estado de confiança (TORRES, 2012, p. 222).

¹¹⁵ Nesse ponto, cabe observar que a inclusão dos atos administrativos que tenham sido apenas iniciados no âmbito de proteção do princípio da proteção da confiança, alinha-se à ideia de aplicá-lo nos casos que tratam de benefícios previdenciários estatutários pendentes da apreciação pelo TCU, mesmo que se adote a premissa de que esses atos, por serem de natureza complexa, ainda não se aperfeiçoaram.

¹¹⁶ No mesmo sentido, são as considerações de Almiro do Couto e Silva, em estudo no qual o autor conclui que a proteção da confiança está hoje reconhecida na legislação e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como princípio de valor constitucional que serve de limite à invalidação pela Administração Pública dos seus próprios atos eivados de ilegalidade ou de inconstitucionalidade (COUTO E SILVA, 2005, p. 47). Na mesma linha, Misabel Abreu Machado Derzi pondera que, embora as leis sejam instrumentos motivadores do desenvolvimento da confiança, porque estabilizam as expectativas, tornando-as sancionáveis, nos sistemas sociais mais diferenciados e complexos, a lei e a confiança não mais coincidirão inteiramente, pois se poderá falar, como acrescenta a autora, na proteção da confiança em face de atos ilícitos (DERZI, 2009, p. 331). Em sentido diverso, Heleno Torres, tratando dos requisitos da proteção da confiança legítima, afirma que, para justificar uma pretensão sobre a situação a ser protegida, a conduta deve ser lícita. Aduz, ainda que a confiança legítima não consiste em autorização para excepcionar o regime de legalidade, suplantando a isonomia ou para confirmar como válida toda e qualquer espécie de nulidade. Ao contrário, só pode ser arguida por quem demonstre manter expectativa de *legítima* confiança, ou seja, em situação conforme a legalidade e atendidos os requisitos exigidos para tutelar o direito pretendido. Contudo, ao abordar especificamente a questão da revogação de atos que outorguem benefícios ou direitos a contribuintes, em face da suposição de que esses *não atenderam aos requisitos legais*, o autor entende que, quando verificado que persista sentimento de confiança legítima, ainda que não se possa admitir a continuidade do aproveitamento da vantagem, “a força desse princípio deve servir, quando menos, para autorizar uma revogação ou nulidade com efeitos *ex nunc*, admitida a convalidação das situações passadas, mas, em qualquer hipótese, sem efeito retroativo para qualquer exigência gravosa” (TORRES, 2012, p. 222, 224 e 230).

superação da divisão draconiana entre bases legítimas e bases ilegítimas da confiança, em favor de uma concepção fundada em critérios de verificação graduais, que forneça, não só outros elementos a serem considerados na análise, mas também os critérios de harmonização entre eles. Para Ávila, deverá haver proteção da confiança quando houver, relativamente a esses critérios, mais razões para protegê-la do que para não protegê-la (ÁVILA, 2012, p. 373-380).

Existem vários elementos a serem considerados nessa análise, os quais podem dizer respeito a qualidades objetivas ou a efeitos subjetivos da base da confiança, sendo que a capacidade desses elementos para atribuir confiabilidade à base também decorre dos *efeitos* que eles, efetiva ou potencialmente, produzem no âmbito de proteção dos direitos fundamentais envolvidos e dos princípios constitucionais relativos à atuação estatal. Tem-se, assim, mudança de foco, de modo que a proteção da confiança passa a refletir menos os aspectos relativos à regularidade formal dos atos do Poder Público do que aqueles atinentes ao efeito que eles provocam nos princípios ligados à liberdade, à propriedade, à igualdade e à própria atuação estatal (ÁVILA, 2012, p. 375-376).¹¹⁷

Dentre os critérios de configuração da base da confiança, Humberto Ávila enumera o grau de vinculação (quanto maior for o grau de vinculação normativa do ato, maior deve ser a proteção da confiança nele depositada);¹¹⁸ a aparência de legitimidade do ato (quanto maior, maior deve ser a proteção da confiança); a modificabilidade (quanto maior o grau de permanência do ato, maior deve ser a proteção da confiança a ele atribuída); a efetividade (quanto maior o alcance da finalidade da regra supostamente violada, maior deve ser a proteção dos efeitos do ato ilegal); a indução (quanto maior o efeito indutor de comportamento do ato, maior deve ser a proteção da confiança com base nele exercida); a individualidade (quanto maior a proximidade do ato em relação ao indivíduo, maior deve ser a proteção da confiança nele depositada); a onerosidade (quanto mais oneroso para o particular o ato, maior proteção merece a confiança nele recaída); e a durabilidade (quanto mais duradoura no tempo for a eficácia do ato, maior proteção merece a confiança nele depositada) (ÁVILA, 2012, p. 414-415).

¹¹⁷ A relação da proteção da confiança com os direitos fundamentais de liberdade, de igualdade e de propriedade, com a dignidade da pessoa humana e com o princípio do estado democrático de direito, é ressaltada também por DERZI (2009, p. 403-408).

¹¹⁸ Sobre esse critério, destacam-se as lições de Misabel Abreu Machado Derzi no sentido de que, em relação à base da confiança gerada pelo Estado, quanto mais forte for a relação de dependência do cidadão e seu reduzido espaço de escolha, mais digna de proteção torna-se a confiança nela depositada (DERZI, 2009, p. 400).

Cada critério depende, de acordo com a concepção formulada por Ávila, de uma verificação gradual, ou seja, a base da confiança será tanto maior quanto mais intensamente estiver presente o elemento considerado. A baixa intensidade da presença de um dos elementos deve ser compensada pela alta intensidade da presença dos outros, para que se possa comprovar a maior presença de elementos em favor da “base confiável de confiança” (ÁVILA, 2012, p. 399-400).

No tocante à existência da *confiança* (segundo os pressupostos enumerados pelo autor), trata-se da necessidade, para a proteção da confiança, de que o particular tenha confiado na “base da confiança”, sendo imprescindível para isso que ele tenha conhecimento dessa base, por meio da publicação ou da intimação. O grau da intensidade da confiança varia de acordo com a relação que ela tem com a sua base, mediante o exame dos critérios acima mencionados. Quanto maior a intensidade daqueles elementos, como o tempo de produção de efeitos pelo ato, maior será o grau da confiança (ÁVILA, 2012, p. 403-404).

A doutrina é oscilante quanto à exigência do *efetivo exercício da confiança* (terceiro pressuposto) para que haja a proteção da confiança, como enfatiza Humberto Ávila. Este, com base nos critérios de verificação anteriormente mencionados (dentre eles a onerosidade, a permanência e a reversibilidade da atuação do cidadão), sustenta que a falta de atuação intensamente onerosa ou duradoura por parte do particular não é motivo pré-excludente da proteção da confiança, pois o baixo grau de intensidade desses elementos pode ser compensado pela presença mais intensa dos outros (ÁVILA, 2012, p. 404-407).

A controvérsia acerca da necessidade do *efetivo exercício da confiança* – ou, nas palavras da autora, da *confirmação da confiança*, que incorpore o futuro por meio de disposições (ações ou omissões) e investimento da confiança por parte do cidadão – também é colocada por Misabel Abreu Machado Derzi. Com entendimento semelhante ao de Ávila, ela afirma que não se pode reduzir a proteção da confiança à proteção dos investimentos feitos pelo cidadão que confiou. Especialmente no Direito Público, em que estão em jogo os princípios e garantias fundamentais, não apenas os direitos de propriedade e de patrimônio, mas também o livre desenvolvimento de personalidade e a dignidade humana. Assim, na opinião de Derzi, a existência de disposição ou investimento facilita, mas não é elemento essencial para a configuração da existência de confiança (DERZI, 2009, p. 393 e 410-411).

Com posicionamento diverso, Heleno Torres ressalta que a *confiança* é um estado psicológico que possui íntima relação com a *boa-fé objetiva* e que, por isso, para ter eficácia jurídica, ela deverá objetivar-se de algum modo, não cabendo vincular esse princípio à simples expectativa, suposição ou esperança. Em sua opinião, “a confiança a ser protegida é aquela que se vê provada nas suas repercussões jurídicas a partir de uma comparação entre um estado prévio de confiança e a ação ou reação estatal incoerente com aquele ‘estado de confiança’ objetivamente evidenciado”. Torres considera, assim, que a confiança individual só adquire relevância jurídica quando é suficientemente objetivada (TORRES, 2012, p. 217 e 222-223).

Por fim, o último pressuposto para a proteção da confiança enumerado por Ávila é a *frustração da confiança*. Ou seja, a confiança gerada por ato estatal deve ser frustrada por nova manifestação estatal posterior e contraditória, que afete de maneira significativa os direitos de liberdade, de propriedade e de igualdade do indivíduo (ÁVILA, 2012, p. 408). Cuida-se de efeito decorrente da quebra de expectativa de acessibilidade, previsibilidade ou funcionalidade da segurança jurídica (TORRES, 2012, p. 217).

Trata-se, portanto, de uma proteção contra a ação do Estado, cujos atos gozam de presunção de legalidade e de legitimidade. Conforme assinala Mizabel Derzi, em uma relação vertical, como é a do cidadão com o Estado, esse princípio só pode ser aplicado de maneira unilateral em benefício do particular, para protegê-lo da atuação do Poder Público, quando os atos dele emanados são geradores de confiança. Para a autora, apenas admite-se sua aplicação para favorecer uma pessoa jurídica de direito público contra outra pessoa jurídica de direito público ou contra o Estado, nunca contra o cidadão, pois todo aquele que tem posição soberana em relação aos acontecimentos não tem confiança a proteger (DERZI, 2009, p. 324, 366 e 395-397).¹¹⁹

Por representar, de acordo com a teoria de Ávila, aplicação reflexiva, subjetiva e concreta do princípio da segurança jurídica em sentido objetivo, a demonstração dos pressupostos necessários à aplicação do princípio da proteção da confiança depende de provas concretas.¹²⁰ A confiança *de todos* ou *da maioria*, ainda que presumida, até pode ser analisada

¹¹⁹ Na mesma linha, Heleno Torres entende que, para aplicação do princípio da proteção da confiança legítima, entre outros pressupostos, é preciso que haja um “Ato de órgão ou autoridade pública que contraria o direito exercido em estado de confiança, como manifestado pelo titular, e que motiva proteção contra atuação estatal” (TORRES, 2012, p. 222).

¹²⁰ No mesmo sentido, é a opinião de Heleno Torres (2012, p. 222-223).

de forma abstrata, em face da *restrição ao direito de todos à liberdade*, contudo, em tais casos, o que se analisa é a *face objetiva* da proteção da confiança, que nada mais é do que o próprio princípio da segurança jurídica na dimensão objetiva. Ademais, como dito, a aplicação do princípio da proteção da confiança sempre envolve, na opinião de Ávila, tensão, a ser solucionada no caso concreto, com outros princípios também integrantes da segurança jurídica (ÁVILA, 2012, p. 366-367, 370-371).

Nesse sentido, Derzi observa que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pondera que a proteção da confiança resulta da dialética entre continuidade das normas, liberdade e segurança de um lado e, de outro lado, desenvolvimento social e dinâmico do Estado distribuidor (DERZI, 2009, p. 399).

Desse modo, diante do caso concreto, estando presentes os requisitos para a proteção da confiança e não se tratando de situações em relação às quais o legislador excluiu a possibilidade de ponderação da segurança jurídica frente a outros princípios constitucionais (como nos casos acobertados pelo direito adquirido, pelo ato jurídico perfeito ou pela coisa julgada), caso a finalidade perseguida pela norma que frustrou a confiança não possa ser atingida de outro modo que não restrinja os direitos de liberdade e de propriedade do particular, será preciso fazer a ponderação entre essa finalidade e o princípio da segurança jurídica (em sentido amplo) (ÁVILA, 2012, p. 408-413).

Apresentadas essas questões gerais sobre a intangibilidade das situações individuais por questões subjetivas, ou, em outras palavras, sobre a aplicação da vertente subjetiva da segurança jurídica (princípio da proteção da confiança), cabe tecer algumas considerações específicas sobre a proteção da confiança no que diz respeito a ponto de especial importância para os casos concretos examinados neste estudo: a manutenção dos atos administrativos praticados em desconformidade com a lei que criam benefícios para o particular.

De acordo com a teoria de Humberto Ávila, a manutenção de atos administrativos ilegais com vistas à preservação de uma expectativa legítima do particular pode envolver conflitos entre as dimensões temporais da segurança jurídica (segurança do passado x segurança do presente e do futuro) e entre as suas dimensões objetiva e subjetiva (proteção da confiança x proteção das confianças). Quando são mantidos os efeitos de um ato administrativo inválido pode haver, por exemplo, estímulo à aposta de que atos contrários ao Direito terão seus efeitos protegidos pela sustentação de uma situação consolidada, de forma

que a estabilidade individual (dimensão subjetiva) pode acabar por restringir a estabilidade geral (dimensão objetiva) e a proteção do ideal de confiabilidade (exigência de estabilidade na mudança, com foco no passado), acabaria por comprometer a calculabilidade do ordenamento (exigência de previsibilidade, com foco futuro) (ÁVILA, 2012, p. 269-271).

Além disso, conforme explica Ávila, a alteração de atos administrativos praticados em desconformidade com a lei que criam benefícios para o particular gera tensão entre o princípio da proteção da confiança e os princípios da legalidade administrativa (que só permite a atuação da administração dentro dos parâmetros legais) e o princípio da igualdade (que exige uniformidade na concessão de vantagens) (ÁVILA, 2012, p. 451).

Não obstante o entendimento tradicional de que os atos administrativos ilegais sempre poderiam ser anulados pela Administração, dando-se prevalência irrestrita ao princípio da legalidade, Ávila ressalta que, atualmente, parte da doutrina, a despeito de posicionamentos contrários (como o de Torres anteriormente mencionado), e a jurisprudência, já admitem a proteção de atos ilícitos com base na dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica (ÁVILA, 2012, 451-453).¹²¹

Como visto, segundo a teoria de Ávila, a protetividade da confiança depende da articulação entre vários critérios, de forma que a invalidade de um ato administrativo pode ser superada caso outros elementos estejam presentes. Em relação à atuação da Administração Pública, dentre os vários elementos a serem considerados, destacam-se: a aparência de legitimidade, a influência comportamental, a individualidade, a onerosidade e a durabilidade do ato. Quanto maior for a presença desses elementos, mais eles podem compensar a ilicitude da base da confiança. Assim, quando se tratam, por exemplo, de atos administrativos de caráter individual e concreto, isto é, dirigidos a determinados indivíduos em determinadas situações (a exemplo das concessões de aposentadorias, reformas e pensões), a atuação administrativa revela maior grau de proximidade com o cidadão, criando maior confiança no ato que atenua a exigência de legalidade da base da confiança (ÁVILA, 2012, p. 459-463).

¹²¹ Conforme já mencionado no início deste capítulo, no mesmo sentido são as colocações de Almiro do Couto e Silva acerca da anulação de atos administrativos inválidos. Ele afirma que a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do princípio da legalidade, também derivado do Estado de Direito. Por isso, entende que possíveis conflitos entre esses dois princípios (legalidade e proteção da confiança) devem ser resolvidos mediante um juízo de ponderação que leve em conta as circunstâncias do caso concreto, não se justificando a exclusão, *a priori* e em abstrato, de um em detrimento do outro (COUTO E SILVA, 2005, p. 9-11, 20, 44 e 48).

Ávila destaca que, de todos esses elementos, o tempo desempenha função especial, pois, quanto maior o tempo transcorrido entre a prática do ato e a decisão a respeito de sua anulação, menor precisará ser a presença dos outros elementos para que se justifique a proteção da confiança nele depositada. Em sua opinião, o transcurso do tempo, de um lado, consolida a aparência de legalidade do ato e, de outro, permite a existência de uma série de consequências diretas e indiretas que paulatinamente se tornam irreversíveis (ÁVILA, 2012, p. 460-461).

Nota-se, com essas considerações, que a manutenção de benefícios individuais criados por atos administrativos ilegais é questão extremamente complexa, por envolver não só os conflitos aqui mencionados a título de exemplo, mas outras tensões entre princípios e valores elementares do ordenamento jurídico, os quais, dentro da perspectiva adotada por Ávila, de alguma maneira, estão todos relacionados à segurança jurídica (seja como *fundamento*, como *elemento*, ou como *forma* de sua concretização).¹²² Não é por outro motivo que alguns casos práticos que tratam dessa matéria, como os julgados que são objeto deste estudo, suscitam muitas dúvidas e podem dar origem a infundáveis debates teóricos.

O que se deve ter em mente na solução desses casos é que não se pode decretar a nulidade de um ato administrativo pelo simples fato desse ato, em sua origem, ter sido praticado de forma contrária ao direito. Deve-se, a partir da análise conjunta de todos os elementos envolvidos, buscar, por meio de um juízo de ponderação, a decisão que, na média, revele a maior promoção da segurança jurídica em todas as suas dimensões. A solução, em outras palavras, está em equilibrar todos os estados ideais que compõem o princípio de forma que a busca da segurança jurídica implique incremento no seu conjunto (ÁVILA, 2012, p. 268, 650-651).

¹²² Sobre a distinção entre fundamentos, elementos e formas de concretização da segurança jurídica, cabe trazer a seguinte explicação feita por Ávila: “Esta obra faz uma diferença entre *fundamentos*, *elementos* e *formas* de concretização da segurança jurídica. *Fundamentos* da segurança jurídica são aquelas normas em razão das quais, por dedução ou por indução, é possível construir os ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito. Na parte relativa a esse ponto, foi construída a teia normativa a partir da qual é erguido o princípio da segurança jurídica. São fundamentos da segurança jurídica, por exemplo, as regras da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. *Elementos* da segurança jurídica, são os estados ideais parciais cuja realização é por ela determinada. São elementos da segurança jurídica os ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito. *Formas de concretização* da segurança jurídica são os meios, abstratamente previstos ou não pelo ordenamento jurídico, adequados e necessários à promoção dos ideais que a compõe. A intimação e a publicação são, por exemplo, formas de concretização do ideal de cognoscibilidade do direito” (ÁVILA, 2012, p. 654, grifos do autor).

2.2.3 Eficácia normativa da segurança jurídica: sua relação com o contraditório, com a ampla defesa e com a razoável duração do processo e o problema da hierarquia dos princípios

Estabelecido esse panorama acerca da segurança jurídica e esclarecida a ligação entre ela, o decurso do tempo, e as garantias do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, resta compreender a maneira como ela se relaciona com essas garantias, a fim de verificar em que medida elas podem atuar como meio para a sua realização.

Segundo a teoria de Humberto Ávila, a função normativa da segurança jurídica, enquanto princípio jurídico, é relativa, pois depende da perspectiva por meio da qual ela é analisada. Dependendo do contexto e dos princípios com os quais ela se relaciona, a segurança jurídica pode assumir tanto o papel de *princípio*, como de *subprincípio* ou de *sobreprincípio* (ÁVILA, 2012, p. 637).

No primeiro caso, o autor afirma que, se a segurança jurídica for examinada na sua atuação direta, sem intermédio de qualquer outra norma, a segurança jurídica assume a qualidade de *princípio*, exercendo a função de preencher o vácuo deixado pela ausência de normas que regulem especificamente a situação (ÁVILA, 2012, p. 637).

De outra forma, se ela for examinada na sua relação com princípios que impõe a busca de fim mais amplo, ela assume o papel de *subprincípio*. Exemplo disso (conforme o posicionamento de Ávila e a fundamentação dos julgados) ocorre quando ela se relaciona com o Estado de Direito. Nesse caso, a segurança jurídica atua como meio para a realização do sobreprincípio do Estado de Direito, assumindo posição de “inferioridade analítica” em relação a ele, para, por meio de uma interpretação “de baixo para cima”, densificar materialmente parte do seu conteúdo (ÁVILA, 2012, p. 638 e 641).

Por fim, se ela for examinada na sua ligação com princípios que impõem a busca de fins mais restritos, ela atua como *sobreprincípio*. Ávila entende que nessa relação a segurança jurídica “assume uma posição de superioridade analítica, ficando ‘acima’ dos ideais mais amplos”. Como exemplo, cita a relação da segurança jurídica com a legalidade (vista como ideal de previsibilidade da atuação estatal) e com a proteção da confiança (vista como ideal de proteção de atos de disposição vinculados a atuações estatais anteriores). Na opinião o autor, sob essa perspectiva, ela serve de parâmetro interpretativo para definir o que é estabelecido

por seus subprincípios; ou de norma capaz de bloquear a aplicação de subprincípios que, no caso concreto, se revelem contrários ao ideal mais amplo que ela preconiza e, subsequentemente, de integrar o vácuo deixado pelo bloqueio (ÁVILA, 2012, p. 638).

Nessa última situação (da segurança jurídica na posição de sobreprincípio), além dos referidos exemplos citados por Humberto Ávila, é possível enquadrar, pelo conjunto de sua obra, também os casos em que a segurança jurídica se relaciona com o devido processo legal, com o contraditório, com a ampla defesa e com a razoável duração do processo. Em diversas oportunidades, o autor menciona essas garantias processuais como *meio* ou como *pressuposto* para a realização dos ideais de cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade que o princípio preconiza.

Em determinada passagem, por exemplo, ele afirma que a segurança jurídica pode ser realizada por meio do contraditório, pois o cidadão, ao ser intimado dos atos processuais terá incrementado o seu estado de calculabilidade da manifestação da parte contrária. Com isso, conclui, a parte pode se sentir mais segura por meio do direito ao contraditório, que será instrumento da segurança jurídica (ÁVILA, 2012, p. 140).

Noutro momento, ele aduz que a intimação é a exteriorização da necessidade de cognoscibilidade e de calculabilidade no plano individual e procedimental, pois, sem ela, o cidadão é surpreendido relativamente a decisões ou a atos que restringem seu direito, não podendo contra eles reagir com autonomia. Com isso, a pessoa sofre restrição ao seu direito à segurança jurídica procedimental, “pela ausência de cognoscibilidade, de confiabilidade e de controlabilidade da aplicação judicial ou administrativa do Direito” (ÁVILA, 2012, p. 309).

Ao tratar da eficácia normativa como condição para a realização da segurança jurídica, no sentido de que esta pressupõe que o Direito seja capaz de providenciar efetiva orientação da sociedade, Ávila ressalta uma série de condições jurídicas para que haja uma eficácia regular do Direito. Dentre elas, enumera o devido processo legal, como condição de confiabilidade da ordem jurídica, bem como o contraditório e a ampla defesa (ÁVILA, 2012, 589-593).

Por fim, Ávila menciona especificamente a razoável duração do processo como condição de calculabilidade do Direito e como “consectário da dimensão dinâmica do princípio da segurança jurídica”. Segundo ele, para que o direito seja calculável, não basta que

o cidadão “possa planeja livre e autonomamente o seu futuro por meio do conhecimento antecipado das consequências a que estará sujeito”, é preciso também que ele possa prever minimamente o espectro de tempo, não muito longo, dentro do qual essas consequências serão aplicáveis (ÁVILA, 2012, 629-631).

Trazendo essas considerações para os casos concretos objeto deste estudo, observa-se que – ao decidir que o TCU, em respeito à segurança jurídica, deve garantir ao interessado o exercício do contraditório e da ampla defesa sempre que o processo administrativo instaurado para apreciar seu benefício previdenciário extrapolar um prazo razoável (fixado em cinco anos) – o STF utilizou essas garantias processuais como meio para a realização da segurança jurídica. Em outras palavras, ele buscou resguardar a segurança do ordenamento jurídico por meio da aplicação do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo.

Assim, de acordo com a teoria de Humberto Ávila, é possível afirmar que, na situação concreta em exame, a segurança jurídica assumiu, primordialmente, a dimensão de *sobreprincípio*. Ou seja, ela atuou como um fim mais amplo a ser alcançado por meio da concretização de outros princípios (no caso, os princípios processuais do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo), sem os quais não é possível haver confiabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade no Direito.

Essas considerações, assim como as outras passagens deste estudo nas quais se fez referência a termos como *subprincípio* ou *sobreprincípio*, remetem à discussão, bastante problemática no campo jurídico, acerca da existência ou não de hierarquia entre os princípios jurídicos.

Segundo Inocêncio Mártires Coelho, os princípios não se apresentam como imperativos categóricos, com consequências precisas e reciprocamente excludentes, subordinadas à lógica do tudo ou nada, apenas enunciam motivos para se decidir em um determinado sentido. Dessa forma, eles podem conviver com outros princípios concorrentes em um “complexo sistema de freios e contrapesos muito semelhante ao que, nos regimes democráticos, regula a distribuição de funções entre os poderes do Estado” (COELHO, 1997, p. 81-82).

Diante da antinomia de princípios, quando mais de um valor é aplicado a determinada situação, ao invés de o intérprete do direito ser obrigado a escolher aplicar determinado princípio, excluindo os demais, ele fará, diante do caso concreto, uma ponderação entre os

princípios concorrentes e optará por aquele que, de acordo com as circunstâncias envolvidas, deva ter peso relativamente maior. A avaliação dos princípios pode, portando, mudar de sinal em função do contexto, de forma que, a atribuição de maior importância a determinado princípio em detrimento de outro em uma situação não invalida nem desqualifica o princípio que deixou de ser aplicado (COELHO, 1997, p. 83-84).

Por isso, na opinião de Inocêncio Mártires Coelho, uma vez que se trata da ponderação de bens/valores juridicamente protegidos pela Constituição, a ser realizada no caso concreto, não pode existir hierarquia fixa, abstrata e apriorística entre os princípios. O autor faz a ressalva apenas à *dignidade da pessoa humana*, por considerar a pessoa humana o valor-fonte de todos os demais valores constitucionais, o “valor *fundante* da experiência ética” (COELHO, 1997, p. 83-84, grifo do autor). Com isso, termina por aceitar alguma hierarquia *a priori*.

Já Heleno Torres admite hierarquia formal entre os princípios constitucionais, mas apenas quando a distinção é estabelecida pela própria Constituição, pois “não se pode admitir hierarquização *a priori* quando a Constituição não o faça, positivamente”. Torres explica que, na visão hodierna do Estado Democrático de Direito, a relatividade dos princípios (valores) é pressuposto condicionante da sua aplicação. Assim, dada a diferença dos valores, os princípios que os veiculam serão sempre passíveis de calibração, como dimensão de peso (sopesamento, nas hipóteses de colisões) ou pela relação entre meios e fins (ponderação, nas hipóteses de restrições a direitos ou liberdades). Por isso, o autor defende que, nesse novo constitucionalismo, “o intérprete abandona o arbítrio da hierarquização de valores positivados, ao reservar exclusivamente à Constituição o papel de diferenciação” (TORRES, 2012, p. 537-538).

A partir desse raciocínio, Torres observa que o texto constitucional distinguiu dos demais princípios os chamados “princípios fundamentais”, os quais possuem maior expressão hierárquica no sistema, por serem “assegurados por cláusulas de eternidade e integrantes de disposições que gravam os mais eloquentes princípios de identidade do ordenamento constitucional”. Trata-se dos princípios declarados no preâmbulo ou aqueles inscritos no art. 1º como “fundamentos” do Estado. Sobre os demais princípios, não considerados “fundamentais”, o autor entende que é possível falar em preponderância casuística, em termos de preferência de aplicabilidade ou até de sopesamento, mas não é admissível qualquer

imposição de classificação fechada de princípios *a priori* ou de hierarquia entre eles (TORRES, 2012, p. 538-540).

A despeito da aparente incompatibilidade com a teoria de Ávila acerca da eficácia normativa da segurança jurídica e da posição que ela assume em relação a outros princípios, acredita-se que essas considerações de Torres e de Coelho não a invalidam, por tratarem do problema por ângulos diferentes. Esses se referem à importância atribuída aos princípios (maior ou menor importância), ao passo que àquele se refere à abrangência/amplitude que eles possuem (valores/fins mais ou menos amplos).

Assim, Torres e Coelho, cada um com suas ressalvas ao que consideram a regra geral, negam a possibilidade de se estabelecer abstratamente hierarquia entre princípios, referindo-se à atribuição de graus de importância aos valores que cada princípio preconiza. Na medida em que todos os valores são relativos, ou seja, variam de acordo com o contexto, não há, como observam esses autores, um escalonamento *a priori* da sua importância, baseado nos próprios conteúdos, que determine o afastamento de uns em detrimento de outros. Apenas no caso concreto é possível, em caso de tensão de valores, estabelecer qual princípio deve prevalecer, relativamente às circunstâncias fáticas envolvidas.

Já Humberto Ávila, quando, em uma análise abstrata de princípios específicos, usa as expressões sobreprincípio e subprincípio, se refere à amplitude do fim cuja busca cada um deles exige. Assim, quando o autor afirma que a segurança jurídica em sentido amplo assume a posição de sobreprincípio em relação à proteção da confiança, ele não diz, nem parece querer dizer, que o valor “segurança jurídica” é abstratamente mais importante para a sociedade do que o valor “proteção da confiança individual”.

O que ele afirma, e que parece irrefutável, é que a segurança jurídica é um fim mais abrangente do que a proteção da confiança individual. Esta é considerada pelo autor pressuposto para aquela, pois se o Direito não tutelar minimamente a confiança que os indivíduos legitimamente depositam nos atos emanados do Poder Público, permitindo que este atue de forma contraditória, não haverá segurança no ordenamento jurídico. É por isso que, como visto acima, Ávila usa a expressão “superioridade analítica”, sem empregar expressões como “mais importante” ou qualquer outra que indique superioridade valorativa, bem como coloca entre aspas a palavra “acima” quando diz que um princípio fica “acima” do outro.

Da mesma forma, no caso da relação entre o princípio da segurança jurídica e o princípio do Estado de Direito, aquela é subprincípio deste não por ser considerada menos importante para a sociedade, mas por ser pressuposto para sua realização. Não haverá Estado de Direito se no Estado que se pretende “de direito” não houver segurança jurídica. Esta é instrumento para o alcance daquele.

Esse raciocínio fica mais claro quando se usa o exemplo da relação entre o princípio do devido processo legal e seus subprincípios do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo. A finalidade estabelecida pelo princípio do devido processo legal, nessa perspectiva, é mais ampla (não melhor ou mais importante) que a finalidade estabelecida pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo. Ora, não há falar em aplicação do Direito por meio de um devido processo legal se o processo não for conduzido em prazo razoável e de forma a propiciar o exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes, pois, nesse caso, ele não poderá ser qualificado como “devido” e “legal”.

A hierarquia aqui admitida não é, portanto, uma hierarquia dos valores atribuídos aos fins que cada princípio estabelece, no sentido de um fim ser melhor ou mais importante que o outro para a sociedade, mas uma hierarquia da abrangência e da amplitude desses fins, no sentido de um fim ser mais amplo e mais abrangente que o outro. Sob essa perspectiva, a teoria da segurança jurídica de Humberto Ávila não parece contrária à doutrina segundo a qual, em regra, não há hierarquia fixa, abstrata e apriorística entre os princípios jurídicos, baseada na escolha arbitrária entre os valores constitucionalmente protegidos.

A teoria de Ávila, ao colocar a segurança jurídica como meio para a realização do Estado de Direito e como fim a ser realizado por meio, não apenas, mas também, da aplicação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, compatibiliza-se com a concepção do princípio adotada pelo STF nos julgados objeto deste estudo.¹²³ Com isso, ela permite analisar os julgados a partir das concepções nele adotadas, estabelecendo um diálogo com os fundamentos normativos e com os argumentos jurídicos apresentados pelos ministros para justificar e legitimar as decisões.

¹²³ São recorrentes as passagens dos julgados nas quais os ministros demonstram essa concepção, usando a expressão “sobreprincípio”, afirmando que a segurança jurídica é um “elemento conceitual do Estado de Direito”, se referindo à proteção da confiança como princípio derivado da segurança jurídica, ou, ainda, decidindo, em respeito à segurança jurídica, reconhecer o direito dos impetrantes ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Ao mesmo tempo, por tratar do tema de forma mais completa (em abrangência e profundidade), ela esclarece as questões que, por si só, a fundamentação dos julgados não é capaz de responder. Isso porque demonstra a abrangência do princípio e evidencia as diversas questões relativas à segurança jurídica que devem ser conjuntamente consideradas na análise da sua aplicação, pois, como o próprio autor afirma, a sua pretensão é diminuir a indeterminação do princípio, reconstruindo de forma criteriosa a segurança jurídica em toda a sua arquitetura (sua significação, seus fundamentos, seus elementos estruturais e sua eficácia no âmbito do Direito Público), sem o que ela não pode ser realizada em toda a sua extensão (AVILA, 2012, p. 79 e 90).

A teoria de Ávila possibilita, assim, que, no lugar de uma análise cética, parcial e vaga da aplicação da segurança jurídica, possa-se fazer um exame completo, consciente de todos os aspectos, elementos e dimensões que a compõe. Com isso, é possível verificar se a sua aplicação pelo Poder Público se deu de forma arbitrária, por meio da escolha injustificada e imotivada de algum ou de alguns dos elementos em detrimento de outros. O autor visa estabelecer parâmetros de controle para, se não evitar, ao menos inibir que, a partir da escolha arbitrária de um ou alguns dos seus diversos elementos, aspectos e dimensões, o aplicador do Direito, a pretexto de proteger a segurança jurídica, termine por restringir em maior medida outros dos seus elementos, aspectos e dimensões, não levados em consideração na decisão.

Sem uma visão abrangente, a segurança jurídica, compreendida de maneira parcial, pode servir de pretexto para qualquer decisão, devido à indeterminação e à pluralidade semântica que a caracterizam. Nos casos objeto deste estudo, por exemplo, ela pode ser alegada para justificar a manutenção do ato administrativo inválido, sob o argumento de se estar protegendo a confiança nele depositada pelo indivíduo; ou para justificar sua anulação, sob o fundamento de que, a manutenção de aposentadorias ilegais seria um estímulo à futuras concessões de benefícios previdenciários em desconformidade com a lei, afetando a credibilidade do ordenamento jurídico para o futuro; ou, ainda, para fundamentar o reconhecimento do direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, como foi feito pelo STF.

Não se pretende, cabe esclarecer, utilizar a teoria de Ávila como uma espécie de fórmula de aplicação do princípio da segurança jurídica. Até porque se acredita que, no plano concreto, o ponto de equilíbrio de que fala o autor, entre todos os seus elementos, aspectos e dimensões conjuntamente considerados, é extremamente difícil, se não impossível de ser

determinado. A ideia é utilizar a visão ampla, sistemática e analítica que Ávila apresenta da segurança jurídica para procurar compreender a maneira como o STF a aplicou nos julgamentos dos Mandados de Segurança ns. 25.116/DF e 24.781/DF e, com isso, encontrar respostas para os questionamentos que guiam esta pesquisa.

É, portanto, a partir da perspectiva da segurança jurídica proposta por Ávila que os casos concretos objeto deste trabalho serão examinados. Uma perspectiva abrangente, que a apresenta como norma composta de múltiplos ideais, dimensões e elementos a serem conjunta e equilibradamente considerados e ponderados, por meio de verificação gradual, baseada na ideia de maior ou menor realização do estado de fato ideal que o princípio preconiza, de cognoscibilidade, calculabilidade e controlabilidade do Direito. Uma perspectiva que, na situação concreta em análise, a vê como sobreprincípio a ser realizado por diversos meios e de diversas formas, o qual pressupõe o respeito a subprincípios relativos tanto ao processo de aplicação e interpretação do Direito (como o contraditório, a ampla defesa e a razoável duração do processo) quanto ao resultado desse processo. E, finalmente, uma perspectiva que a compreende como pressuposto para a realização de um Estado Democrático de Direito e como instrumento para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais consagrados na Constituição Federal.

2.2.4 Confronto dos julgados com a teoria de Humberto Ávila

Do confronto da teoria da segurança jurídica de Humberto Ávila com os fundamentos normativos e argumentos jurídicos extraídos dos julgados que são objeto deste estudo, identificam-se alguns questionamentos que merecem ser debatidos: qual das dimensões da segurança jurídica foi aplicada, a objetiva ou a subjetiva? A escolha da data da entrada do ato no TCU como termo *a quo* para a contagem do prazo de cinco anos é adequada sob o ponto de vista da segurança jurídica? A garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa, quando o prazo razoável de duração do processo administrativo (definido em cinco anos) for extrapolado é solução adequada para dar efetividade ao princípio da segurança jurídica? Em suma, em que medida a solução adotada pelo STF amolda-se à dogmática do princípio da segurança jurídica tal como concebido no magistério doutrinário de Humberto Ávila?

Quanto à primeira questão, embora os fundamentos dos julgados tenham se focado mais na proteção da confiança, acredita-se que houve a incidência simultânea da segurança jurídica em ambas as dimensões, objetiva e subjetiva, ainda que em intensidades diferentes. Complicado é saber se alguma das duas dimensões foi mais relevante para a decisão dos casos concretos.

Conforme afirma Humberto Ávila, uma coisa é a intangibilidade de situações individuais em razão de sua consolidação fática (vertente *objetiva* da segurança jurídica), hipótese na qual os efeitos do ato ilegal ou inconstitucional são mantidos porque o longo decurso do tempo os tornou irreversíveis, independentemente da análise de fatores subjetivos, como a boa-fé ou o conhecimento da irregularidade pelo particular. Outra situação, embora nem sempre facilmente diferenciável da anterior, refere-se os casos em que, com base no princípio da proteção da confiança (*dimensão subjetiva* da segurança jurídica), os efeitos jurídicos do ato viciado são conservados porque o particular atuou confiando na legitimidade dele, sem ter ou dever ter conhecimento da sua ilegitimidade (análise subjetiva). Contudo, a transição entre ambas as situações de proteção não é pontual, mas continuada, tornando-se difícil distingui-las em situações limítrofes, pois o tempo tanto funciona como fator gerador de *irreversibilidade fática ou jurídica* quanto como *fator gerador de confiança* (ÁVILA, 2012, p. 391 e 461).

A matéria em análise situa-se justamente na zona limítrofe a que se refere Ávila. Da leitura dos argumentos invocados nos Mandados de Segurança ns. 25.116/DF e 24.781/DF, observa-se que, em ambos, ficou consignada expressamente a intenção de proteger o princípio da proteção da confiança, enquanto face subjetiva da segurança jurídica. Verifica-se, ainda, especialmente no primeiro, que, em diversos momentos, foram levadas em consideração questões subjetivas relativas à quebra da confiança do impetrante especificamente nos casos concretos em exame, como a aparência de legalidade e legitimidade do ato, a boa-fé do interessado e a gravidade das consequências da invalidação da aposentadoria pelo TCU. Tais fatos indicam se tratar de situação de proteção da segurança jurídica na dimensão subjetiva.

No entanto, levando-se em conta que nesses precedentes o STF fixou um *limite temporal objetivo* para que o TCU exercesse sua competência constitucional sem a necessidade de assegurar aos interessados o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa, parece estar-se diante de uma situação de proteção da segurança jurídica também na sua dimensão objetiva. Conquanto na fundamentação dos julgados tenham sido

suscitadas questões subjetivas, o entendimento do STF foi no sentido de exigir que o TCU convocasse os interessados para participar do processo sempre que aquela Corte de Contas demorar mais de cinco anos para apreciar o ato. Trata-se, sob esse prisma, de uma análise objetiva, quanto à extrapolação ou não desse limite temporal.

Desse modo, segundo as concepções da teoria de Humberto Ávila,¹²⁴ esses aspectos demonstram que houve a incidência simultânea dos dois princípios (ou das duas dimensões da segurança jurídica) em ambos os casos. A análise separada dos julgados permite perceber, ainda, que, a despeito a aplicação de ambos os princípios, eles assumiram pesos diferentes em cada caso, conforme evidenciam dois pontos.

O primeiro se refere à questão da ausência de comprovada má-fé como elemento caracterizador da legitimidade da confiança a ser protegida. No MS 25.116, não havia qualquer indício de má-fé do impetrante, cuja aposentadoria foi considerada ilegal em razão do computo indevido de tempo de serviço em relação ao qual não havia prova do recolhimento das correspondentes contribuições previdenciárias.

Já no MS 24.781, como enfatizou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, a acumulação de três aposentadorias pelo impetrante poderia ser um indício de má-fé, afastando, com isso, a aplicação do princípio da proteção da confiança. Contudo, entendeu-se que o longo tempo transcorrido faria surgir a presunção de boa-fé por parte do administrado.

Analisando as situações com base na teoria de Ávila, levando-se em conta especialmente as considerações que ele tece em relação ao Mandado de Segurança n. 24.268/DF,¹²⁵ percebe-se que, no segundo caso, a decisão foi baseada em questões mais objetivas, na medida em que houve presunção da boa-fé do impetrante. Embora não tenha desconsiderado completamente a questão da má-fé – pois não havia comprovação, apenas indício de má-fé do impetrante –, o STF a colocou em um plano menos relevante em razão do longo tempo transcorrido e presumiu a boa-fé do impetrante.

¹²⁴ Se adotar-se a concepção de Almiro do Couto e Silva, o qual considera a decadência administrativa decorrência da segurança jurídica enquanto princípio da proteção da confiança, então a fixação de um limite temporal objetivo, por si só, não bastaria para caracterizar a incidência da segurança jurídica em sentido objetivo.

¹²⁵ Como visto, ao julgar o MS 24.268, mesmo considerando tratar-se de situação de fraude, o Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da segurança jurídica, concedeu a segurança para determinar a observância do devido processo legal. Na ocasião, embora o voto condutor da deliberação tenha feito referência à proteção da confiança, Humberto Ávila defende que, dada a caracterização de adoção fraudulenta, a rigor, o elemento gerador da intangibilidade “não foi a proteção da confiança legítima, mas a consolidação da situação de fato cuja preservação, na hipótese de transcurso de longo período, independe, inclusive, da boa-fé do beneficiário” (ÁVILA, 2012, p. 362-365).

O segundo aspecto que indica essa diferença entre os casos concretos, refere-se ao termo inicial definido para a contagem do prazo. No primeiro julgado, embora a questão tenha ficado indefinida durante os debates, o fato é que a contagem do prazo de cinco anos não levou em consideração a data da entrada do ato no TCU. Até porque, do contrário, a segurança não teria sido concedida.¹²⁶ Assim, ao desconsiderar esse evento, do qual o particular sequer toma conhecimento, a solução adotada no caso se mostra mais compatível com o objetivo de proteger a confiança por ele depositada no ato administrativo.

De outra forma, no MS 24.781, a data da chegada do ato ao TCU foi expressamente adotada como marco temporal para o início da contagem do prazo de cinco anos, o que indica uma maior proteção da dimensão objetiva da jurídica. Se o objetivo fosse a tutela do princípio da proteção da confiança, não faria sentido estabelecer-se como termo *a quo* para a contagem do prazo um acontecimento que não interfere no fortalecimento da confiança individual.

Com o marco temporal adotado, o foco deixa de ser a confiança que o ato emanado do Poder Público gerou no indivíduo, para quem é indiferente se o órgão de origem levou meses ou anos para enviar esse ato ao TCU, e passa a ser a conduta da Administração. Verifica-se o tempo que o órgão de controle leva para exercer sua competência, não a confiança que o particular efetivamente depositou no ato administrativo, confiança que começa a ser consolidada desde a concessão do benefício, independentemente do momento em que o ato chega ao TCU.

Assim, apesar de ser difícil identificar se alguma das duas dimensões incidiu com maior intensidade nos casos em exame, arriscar-se-ia dizer que, no MS 25.116, foi atribuído maior peso à dimensão subjetiva e no MS 24.781, à objetiva. Contudo, isso não muda o fato de que, na maioria das situações em que o TCU considera ilegal uma aposentadoria, reforma ou pensão depois de muito tempo da sua concessão, há a violação da segurança jurídica em ambas as dimensões, ainda que em intensidades diferentes.

Quanto ao segundo questionamento suscitado – acerca da adequação, sob o ponto de vista da realização da segurança jurídica, do marco temporal escolhido para início do prazo de

¹²⁶ Conforme nota feita no capítulo 1, embora na ata de julgamento do MS 25.116 não conste a informação sobre a data na qual o ato de aposentadoria do impetrante foi encaminhado ao TCU pelo órgão de origem, verificou-se, em consulta à página do TCU (www.tcu.gov.br), que o processo administrativo em questão (TC-000.384/2004-0) foi autuado naquele órgão em 15 de janeiro de 2004. Assim, tendo em vista que o Acórdão impugnado pelo impetrante foi proferido em 17 de agosto de 2004, pouco mais de sete meses após a autuação do processo, se o marco temporal adotado naquele julgado fosse a data da chegada do ato ao TCU, a segurança teria sido denegada, ao contrário do que ocorreu.

cinco anos – a resposta é: depende de qual das duas dimensões da segurança jurídica está sendo protegida em maior intensidade.

Como adiantado, tratando-se da dimensão subjetiva da segurança jurídica, ou seja, de proteger a confiança que o particular depositou no ato emanado do Poder Público, seria mais coerente se o prazo fosse contado da data da concessão do benefício, não da entrada do ato no TCU. De outra forma, tendo-se como foco a dimensão objetiva da segurança jurídica – caso o objetivo seja resguardar a segurança do ordenamento jurídico como um todo, por meio da fixação de um prazo para que a Corte de Contas exerça sua competência – ao menos *a priori* e sob o ponto de vista apenas da aplicação do princípio da segurança jurídica, não se vislumbra problema na adoção da entrada do ato no TCU como marco temporal.

Por fim, a terceira questão, que constitui o principal escopo desta pesquisa – saber se garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa quando o prazo razoável de duração do processo administrativo (definido em cinco anos) for extrapolado é solução adequada para dar efetividade ao princípio da segurança jurídica – só pode ser parcialmente solucionada neste momento.

Como visto, segundo a concepção adotada por Humberto Ávila, o contraditório, a ampla defesa e a razoável duração do processo, são formas de realização dos estados ideais de confiabilidade, calculabilidade e cognoscibilidade no Direito. Por isso, em uma análise abstrata, o exercício dessas garantias pode ser considerado meio, não só adequado como necessário para a realização da segurança jurídica. Para que o Direito seja seguro, é preciso que, além do resultado, também o processo por meio do qual ele é aplicado seja seguro.

No entanto, essa conclusão não basta para que se considere que a solução adotada pelo STF nos casos concretos em exame é adequada para promover o fim de realizar a segurança jurídica. Para isso, é preciso investigar também a dogmática dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, pois esses só contribuirão para promover a segurança jurídica se forem devidamente tutelados.

Capítulo 3 – ANÁLISE DOS JULGADOS SOB AS LUZES DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Este capítulo investiga a dogmática dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, com vistas a conhecer o conteúdo e o significado atualmente atribuído a cada um deles, descobrir os fins que estabelecem e os comportamentos que precisam ser adotados para que esses fins sejam alcançados de forma a tornar o processo de aplicação do Direito mais seguro. O objetivo é buscar subsídio doutrinário para verificar em que medida a solução adotada pelo STF no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 25.116/DF e 24.781/DF realmente contribui, ou não, para a realização dessas garantias processuais e se, com isso, a decisão prestigia o princípio da segurança jurídica, tal como se propõe a fazer.

3.1 Os princípios constitucionais e o processo administrativo

Para tratar dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, é necessário tecer algumas considerações e esclarecimentos sobre a tutela constitucional do processo e sobre o devido processo legal. Em seguida, será possível discorrer sobre o conteúdo desses princípios e a significação que assumem no direito processual contemporâneo, especialmente no que diz respeito ao campo do processo administrativo.

3.1.1 A tutela constitucional do processo no paradigma do Estado Democrático de Direito

Embora desde os primeiros passos do constitucionalismo as constituições em geral tenham outorgado expressa proteção aos direitos individuais envolvidos no processo criminal, são recentes as preocupações do legislador constitucional e até mesmo da doutrina constitucional com as proteções diretas, em nível de Constituição, do processo como um todo.

Hoje, o direito à jurisdição e ao consequente processo legal foi alçado à qualidade de direito fundamental, e a ampla garantia do *devido processo legal* ganhou foros de instituto universalmente consagrado em todo o mundo ocidental. A garantia constitucional da ação acabou, assim, por superar a rígida distinção entre direito substancial e direito processual, enquadrando-se, com maior eficácia, no contexto amplo de outras garantias, que não apenas aquela de obter uma sentença judicial (THEODORO JÚNIOR, 1991, p. 11-13). Com isso, a expressão *direito processual* passou a ser dotada de conteúdo próprio, traduzindo-se como a garantia da tutela jurisdicional do Estado, por meio de procedimentos demarcados formalmente em lei (CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER, 2004, p. 81).

Na atual concepção do Estado Democrático de Direito, o Direito Processual deve ser aplicado mediante os ditames do modelo constitucional de processo, conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela. A tutela constitucional do processo é reflexo procedimental da própria positivação dos direitos fundamentais, pois a atribuição de um direito pressupõe a atribuição dos meios destinados a protegê-lo (ÁVILA, 2012, p. 589).

A doutrina processual destaca a influência da norma constitucional no processo,¹²⁷ especialmente como meio para a efetividade e para a segurança dos direitos. O processo é visto como ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, como instrumento de realização de valores, especialmente de valores constitucionais, razão pela qual também deita suas raízes no texto constitucional (OLIVEIRA, 2004, p. 1).

Carlos Eduardo A. Carvalho ressalta que as modernas teorias do processo, surgidas após a Segunda Guerra Mundial, se opõem à Escola instrumentalista do processo – que atribuía ao direito processual papel meramente instrumental – preconizando a aproximação da Constituição e do processo. De acordo com esse modelo processual, o devido processo legal converte-se em direito-garantia representativo das conquistas históricas da sociedade contra a tirania, refletindo o direito de participação social no processo de aplicação do direito, para que a decisão seja construída democraticamente (CARVALHO, 2008, p. 113-114).¹²⁸

Carvalho assinala que atualmente a maioria dos textos constitucionais, a exemplo da

¹²⁷ Sobre a constitucionalização do processo, ver também José Carlos Barbosa Moreira (2009, p. 78-87); e Ada Pellegrini Grinover (1975, p. 3-19).

¹²⁸ Na mesma linha, ver Juliano Vitor Lima (2008, p. 246-250).

Constituição brasileira de 1988, acolheu o princípio do Estado Democrático de Direito. A adoção desse paradigma exige não apenas que o Estado seja regido por normas (em detrimento do arbítrio, da força, etc) como também que essas normas sejam elaboradas de forma legítima, por meio de um processo que garanta a participação da soberania popular. Por isso, o princípio do Estado Democrático de Direito determina, na opinião de Carvalho, que as decisões judiciais sejam tomadas em um espaço público discursivo, que permita a participação das partes na aplicação reconstrutiva do Direito, pois a democracia pressupõe a participação popular no processo decisório de criação, alteração e aplicação dos direitos (CARVALHO, 2008, p. 115-117).

Acerca da necessidade de participação popular também no processo de aplicação do Direito, Dhenis Cruz Madeira pondera que a existência do texto normativo não assegura, por si só, a legitimidade das decisões nem traduz a vontade popular, pois ele não fala por si mesmo, necessitando de um intérprete para sua criação, reformulação, revogação e aplicação. Por isso, mesmo após a sua elaboração pelo Poder Legislativo, deve-se facultar às partes a possibilidade de discutir, dentro da moldura constitucional e pelo meio processual, as bases da interpretação e da aplicação do texto normativo ao caso concreto, para que o “ciclo legitimador da Democracia” não seja interrompido (MADEIRA, 2008, p. 126 e 136).

Nesse contexto, as garantias processuais servem para limitar o poder do Estado e assegurar o exercício e o gozo dos bens e vantagens pelo particular. Para Carvalho, “Constituição, processo e jurisdição têm a mesma raiz: a reverberação democrática enquanto limitação do poder”. O processo constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito é “pressuposto de legitimidade de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos” (CARVALHO, 2008, p. 115-117).

Na mesma linha, Madeira afirma que a efetivação dos princípios institutivos do processo – isonomia, contraditório e ampla defesa¹²⁹ – propicia a participação das partes na interpretação do Direito, permitindo que o destinatário da decisão se reconheça como coautor do Direito. Com isso, possibilita-se um espaço procedimental democrático, adequando ao

¹²⁹ Segundo o autor, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia são institutivos porquanto alicerçam (instituem) o próprio conceito de processo – sem eles, há somente rito, não processo (MADEIRA, 2008, p. 133). No mesmo sentido, ver também o magistério doutrinário de Rosemiro Pereira Leal (2008, p. 286).

paradigma constitucional vigente (do Estado Democrático de Direito) e capaz de conferir legitimidade às decisões (MADEIRA, 2008, p. 139-140).¹³⁰

A jurisdição, por constituir manifestação do poder estatal, deve revelar os fins do Estado Constitucional, de forma que, se ela atua por meio do processo, este deve produzir decisões adequadas aos direitos fundamentais (MARINONI, 2006, p. 452). Não é por outro motivo que a Constituição Federal de 1988, justamente ao tratar, no Título II, dos direitos e garantias fundamentais, previu, entre os direitos individuais e coletivos dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no Brasil elencados no art. 5º, que “ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal” (inciso LIV). Assim, estando em jogo a liberdade e os bens de qualquer pessoa (bens empregado no sentido amplo), a referida garantia opera assegurando a lisura do processo (DALL’ALBA, 2007, p. 258).

Além disso, ainda no art. 5º, a Constituição estabelece uma série de princípios processuais corolários do devido processo legal, dentre os quais se encontram as garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV), e da razoável duração do processo (inciso LXXVIII).¹³¹

Os princípios processuais consagrados no texto constitucional constituem a espinha dorsal do processo, sendo reconhecidos como direitos fundamentais (DALL’ALBA, 2007, p. 254-255). Ao mesmo tempo em que servem de instrumento para a realização dos demais direitos fundamentais, essas garantias são, também elas, direitos fundamentais. Como consequência, essas garantias possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, de forma que independem da edição de leis que as concretizem ou da regulamentação por lei infraconstitucional (OLIVEIRA, 2004, p. 2-4).

No tocante à tutela constitucional do processo, cabe mencionar, ainda, que alguns doutrinadores apontam uma oposição entre as garantias constitucionais que visam a *efetividade* da jurisdição e aquelas que visam a *segurança* do procedimento de interpretação e aplicação do Direito. Nesse sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira divide em dois grupos os direitos fundamentais originários das normas jurídicas processuais: um dos direitos

¹³⁰ Nesse sentido, são também as considerações de Juliano Vitor Lima (2008, p. 248-250).

¹³¹ Acerca da relação entre o devido processo legal e as demais garantias processuais previstas no texto constitucional – frequentemente apontadas como subprincípios daquele – ver, à guisa exemplo: Juliano Vitor Lima (2008, p. 242-251), Vallisney de Souza Oliveira (2008, p. 4 e 19) e Nelson Nery Júnior (2004, p. 69-70).

pertinentes aos valores da *efetividade* e o outro dos direitos pertinentes aos valores da *segurança jurídica* (OLIVEIRA, 2004, p. 5).

No *primeiro grupo* despontaria, fundamentalmente, a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV), a qual pressupõe a prestação da jurisdição, tanto quanto possível, de forma eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos exagerados. Ainda do lado da eficiência, estariam os direitos atrelados ao fator tempo, dentro do que está inserida a exigência à razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII) (OLIVEIRA, 2004, p. 5-6).

No *segundo grupo* ter-se-iam as normas relacionadas à segurança jurídica, que derivam da própria noção do Estado Democrático de Direito, na medida em que salvaguardam a supremacia da Constituição e os direitos fundamentais, garantindo o cidadão contra o arbítrio estatal. Nesse contexto, estaria o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), a proibição das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e o dever de fundamentação das decisões (art. 94, IX) (OLIVEIRA, 2004, p. 6).

Esses grupos retratam, segundo Oliveira, o conflito dialético entre duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de sistema possivelmente amplo e articulado de garantias “formais” e, de outro, o desejo de dispor de mecanismo processual eficiente e funcional. Para o autor, esse conflito deve ser resolvido por meio da ponderação desses dois valores fundamentais (efetividade e segurança jurídica), a ser realizado no caso concreto, com vistas ao alcance de um processo tendencialmente justo (OLIVEIRA, 2004, p. 6).

Na mesma linha, Dall’Alba, a partir das considerações de Oliveira, ao discorrer sobre a ampla defesa, conclui que essa não é um direito absoluto, podendo sofrer restrições em nome da efetividade, pois “o processo vive um constante conflito entre a segurança jurídica e a efetividade, resolvido caso a caso, pelo processo de ponderação, já que, no mais das vezes,

com ampla defesa não se tem plena efetividade, e com plena efetividade não se tem por inteiro ampla defesa” (DALL’ALBA, 2007, p. 271).¹³²

Olhando para essas colocações com base no sentido atribuído à segurança jurídica por Humberto Ávila, observa-se que o conflito apontado pelos doutrinadores acima mencionados, embora exista, não se trata, propriamente, de conflito entre a segurança jurídica em sentido amplo e a efetividade. De acordo com o magistério doutrinário de Ávila, o que se tem, ocasionalmente, é uma tensão, a ser verificada no caso concreto, entre algum dos elementos de algum dos ideais que compõem a segurança jurídica.

De um lado, tem-se a exigência de que o direito seja aplicado em prazo razoável, com vistas à realização de um estado ideal *calculabilidade*, no qual o cidadão tenha a capacidade de prever, com grande aproximação, além das reduzidas consequências alternativamente aplicáveis aos seus atos, o espectro de tempo dentro do qual a consequência alternativa será definida, pois, conforme explica Ávila, a perpetuação do estado de indefinição impossibilita o cidadão de planejar seu futuro com segurança (ÁVILA, 2012, p. 629-630).

Do outro, tem-se a exigência de que o cidadão seja intimado a respeito de atos ou de procedimentos administrativos ou judiciais, como vistas à realização, no plano individual e procedimental, dos estados ideais de *confiabilidade*, *cognoscibilidade* e *calculabilidade* da manifestação judicial ou administrativa do Direito, pois, não havendo intimação, o interessado é surpreendido por decisões ou atos que restringem os seus direitos, não podendo contra aqueles autonomamente reagir (ÁVILA, 2012, p. 309).¹³³

¹³² O conflito entre segurança e efetividade é vislumbrado por outros autores, como José Rogério Cruz e Tucci, que traz a seguinte afirmação: “Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário. Obtendo-se um equilíbrio destes dois regramentos – segurança/celeridade —, emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional” (TUCCI, 1997, p. 66). Outro processualista que também trabalha com essa ideia de oposição é José Roberto dos Santos Bedaque, ao afirmar que “De nada adianta um processo seguro e justo, mas demorado; também não pode ser cultuada apenas a celeridade, gerando risco de decisões injustas. É preciso buscar o tempo razoável a que se refere o art 5º, LXXVIII, da CF, suficiente para conferir segurança e eficácia prática ao resultado. Afinal de contas, a efetividade da tutela jurisdicional constitui direito fundamental, assegurado também em sede constitucional” (BEDAQUE, 2006, p. 78). Por fim, vale trazer ainda as considerações de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira nesse sentido: “A aceleração do processo (uma das variáveis do valor efetividade) implica sempre risco ao resultado qualitativo pretendido a alcançar. Portanto, incrementar a segurança pode comprometer a efetividade, e, em contrapartida, incrementar a efetividade pode comprometer a segurança. De tal sorte, o grande desafio do legislador ou do aplicador do direito processual é compor de maneira adequada esses dois valores em permanente conflito, e, nada obstante, complementares” (OLIVEIRA, C. A., 2008, p. 71).

¹³³ Nesse ponto, cabe rememorar a definição empregada neste estudo para os termos *cognoscibilidade*, *confiabilidade* e *calculabilidade*. O ideal de *cognoscibilidade* refere-se a uma *perspectiva estática* e atemporal,

Em outras palavras, o que se quer dizer é que a efetividade não se opõe à segurança jurídica; pelo contrário, faz parte dela, pois, para que o direito seja seguro e, portanto, confiável, calculável e cognoscível, é preciso que ele também seja efetivo. É por isso que, ao tratar da segurança jurídica e das condições para a sua realização, Ávila fala não só da razoável duração do processo, como dos meios necessários para que o cidadão possa garantir a efetividade dos seus direitos, dentre os quais aborda as garantias do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição e os respectivos corolários (ÁVILA, 2012, 587-595 e 629-631).

Também não é por outro motivo que Heleno Torres, corroborando a ideia aqui defendida de que a efetividade não é algo externo à segurança jurídica, incluiu em sua obra acerca da segurança jurídica um tópico específico para tratar da coisa julgada e da razoável duração do processo, no qual afirma que esta última é garantia constitucional à segurança jurídica quanto à duração do processo (TORRES, 2012, p. 392-394).¹³⁴

Após essas considerações e esclarecimentos acerca da tutela constitucional do processo, precisa-se, antes de passar ao exame dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, tecer alguns comentários sobre o devido processo legal, do qual eles são corolários.

significando a possibilidade, formal ou material, de conhecimento dos sentidos possíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação que possam ser reconstruídos por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis. Assim, em perspectiva estática, para o direito ser seguro é preciso que o indivíduo tenha capacidade de compreender o seu conteúdo. A *confiabilidade*, por sua vez, refere-se à perspectiva *dinâmica retrospectiva* (voltada para o passado), denotando a exigência de estabilidade na mudança, como a proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição de cláusulas de equidade, abrangendo os elementos que proíbem a modificação ou determinado tipo de modificação no presente daquilo que foi conquistado no passado. Nessa perspectiva, a segurança jurídica estabelece a promoção de um estado das coisas em que os atos de disposição dos direitos fundamentais de liberdade são respeitados graças a exigência de estabilidade, de durabilidade e de irretroatividade do ordenamento jurídico. Já a *calculabilidade* diz respeito à perspectiva *dinâmica prospectiva* (com foco no futuro), sendo vista como a capacidade de antecipar e medir o espectro reduzido e pouco variável de consequências atribuíveis abstratamente a atos ou fatos e o espectro reduzido de tempo dentro do qual a consequência definitiva será efetivamente aplicada, referindo-se aos elementos que prescrevem o ritmo da mudança, no futuro, daquilo que está sendo realizado no presente. Trata-se, pois, de um estado das coisas em que o cidadão é capaz prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo, antecipadamente, o âmbito de discricionariedade dos atos estatais (ÁVILA, 2012, p. 128-132 e 274-275).

¹³⁴ Em nota sobre essa afirmação (nota 502 daquela obra), Torres traz uma citação de José Rogério Cruz e Tucci muito semelhante à citação que logo acima (nota de rodapé n. 132), contudo, não chega a adentrar na discussão sobre o conflito entre a segurança jurídica e a efetividade do processo apontado por Tucci.

3.1.2 O devido processo legal

A cláusula geral do devido processo legal é entendida, basicamente, como o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Trata-se das garantias que servem não apenas aos interesses das partes, mas que salvaguardam o próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2004, p. 82). Nas palavras de Nelson Nery Júnior, o devido processo legal “é, por assim dizer, o gênero, do qual todos os demais princípios constitucionais processuais são espécies” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 60).

A locução hoje consagrada, *devido processo legal*, foi inspirada na cláusula originária do direito Inglês, cuja origem histórica remonta à Magna Carta de 1215, criada com o objetivo de limitar o poder do rei, garantindo o respeito aos direitos e liberdades dos burgueses e senhores feudais (LIMA, 2008, 241). Contudo, a primeira aparição da expressão tal qual atualmente é conhecida, *due process of law*, foi na lei inglesa de 1354, editada durante o reinado de Eduardo III, denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London* (NERY JÚNIOR, 2004, p. 61).

Com relação ao surgimento no Brasil, a cláusula do devido processo legal só foi incorporada ao texto constitucional com a Constituição Federal de 1988. Em seu art. 5º, depois de proclamar o princípio geral da legalidade (inciso II), a atual Constituição brasileira assegurou que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV) e estabeleceu que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV).

Segundo Juliano Vitor Lima, a adoção expressa do princípio pela Constituição Federal de 1988, embora tardia, representou grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, na opinião do referido jurista, o devido processo legal, de acordo com a sociedade atual e com as modernas teorias do processo como instituição constitucionalizada, deve ser considerado “verdadeira expressão do Estado Democrático de Direito, servindo não apenas para concretizar um Estado de direito formal, ou legalista, mas, servindo, acima de tudo, como um direito de defesa frente ao Estado” (LIMA, 2008, p. 243).

Quanto à abrangência da cláusula do devido processo legal, Lima afirma que, na sociedade em que vivemos, seu alcance foi constitucionalmente dilatado, servindo de limite à imposição de decisões judiciais, administrativas ou legislativas que se afigurem contrárias ao Direito. Em sua opinião, é preciso rever o tratamento até então dado a esse princípio, no sentido de aplicá-lo somente em face da não observância de regras procedimentais preestabelecidas, pois, no presente contexto, o devido processo legal determina a participação significativa e satisfatória do cidadão na tomada das decisões que o afetam. Além disso, Lima entende que todo o direito individual está tocado pelo devido processo legal, cujo manto protetor abriga todos os direitos fundamentais outorgados pela Constituição (LIMA, 2007, p. 248).

Embora a fórmula genérica do art. 5º, inciso LIV, aparentemente prescindisse de disposições específicas, a Constituição ainda fez menção expressa a uma série de desdobramentos do devido processo legal (BARBOSA MOREIRA, 2009, p. 53-54).¹³⁵ Ela tratou, por exemplo, do direito de defesa, elencando, em seu art. 5º, inciso LV, as garantias do contraditório e da ampla defesa como direito de todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo; e previu os princípios do juiz natural, estabelecendo que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, inciso XXXVII) e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, inciso LIII), da publicidade (art. 5º, inciso LIII), da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI) e da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais (art. 93, incisos IX e X).

Posteriormente à edição da Constituição, a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, ainda incluiu no texto constitucional a garantia da razoável duração do processo e a endereçou a todos os processos, no âmbito judicial ou administrativo (art. 5º, inciso LXXVIII).

¹³⁵ Na mesma linha, Dhenis Cruz Madeira afirma que “Decerto, basta que o texto constitucional acolha o devido processo para que dessa adoção decorra [sic] todos os direitos e princípios processuais aos litigantes. Em nosso ordenamento, a simples previsão do inc. LIV do art. 5º da Constituição cumpriria a contento tal finalidade. Contudo, em país de frágil formação democrática e no qual a efetivação de direitos fundamentais soa como algo ainda distante, mostrou-se necessário consignar expressamente no texto constitucional direitos e princípios processuais que, em realidade, decorrem de um único instituto, qual seja, o do devido processo” (MADEIRA, 2008, 129-130). Também Nelson Nery Júnior entende que “Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e os incisos do art. 5º, em sua grande maioria, seriam absolutamente despiciendos. De todo o modo, a explicitação das garantias processuais derivadas do devido processo legal (...) é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 70).

Conforme explica Humberto Theodoro Júnior ao discorrer acerca do atual conceito do devido processo legal, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada pela Organização das Nações Unidas (ONU), resumiu a lenta evolução da garantia do *due process of law* ao consagrar que “Toda pessoa tem recurso perante os tribunais nacionais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei” (art. 8.º) e que “Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”. Dentre as ideias que formam o núcleo desse conceito, modernamente, são vistos como elementos essenciais do devido processo legal, o *juiz natural*, o *direito de defesa* e a *adequação das formalidades do procedimento* (THEODORO JÚNIOR, 1991, p. 13).

Trazendo o conceito de devido processo legal para o caso brasileiro, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias afirma que, segundo a Constituição Federal de 1988, sob interpretação lógico-sistemática, o devido processo legal desponta como um bloco aglutinante e compacto de várias garantias fundamentais ostentadas pelas partes litigantes contra o Estado, a saber: de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de tempo útil ou lapso temporal razoável; do juízo natural; do contraditório e da ampla de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, aí incluído o direito ao advogado ou ao defensor público (arts. 133 e 134); da fundamentação racional das decisões jurisdicionais (art. 93, incisos IX e X); e de processo sem dilações indevidas (DIAS, 2005, p. 2).

No mesmo sentido, Tucci assinala que a cláusula do devido processo legal prevista em nosso texto constitucional se desdobra nas seguintes garantias: de acesso à justiça; do juiz natural; de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável (TUCCI, 1997, p. 88). Note-se que, antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, o autor já incluía entre os corolários do princípio do devido processo legal a garantia à razoável duração do processo.¹³⁶

¹³⁶ Sobre os desdobramentos do devido processo legal, ver também Nelson Nery Júnior (2004, p. 68-70).

3.1.3 O contraditório e a ampla defesa¹³⁷

Desde o processo comum europeu (extraído da tradição italiana dos séculos XIII a XV), o princípio do contraditório era considerado um símbolo dos direitos naturais. A literatura europeia costumava afirmar que ele encontrava seu fundamento em um princípio de razão natural, sendo imanente ao processo (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 2). Naquela época, o contraditório revelava sentido totalmente distinto daquele hoje dominante no cenário jurídico processual (OLIVEIRA, 1998, p. 2).

O contraditório possuía como primeira regra de sua aplicação a compensação em relação às varias formas de desigualdades existentes no processo, levando em consideração, inclusive, as circunstâncias referentes à capacidade dos defensores. Reconhecia-se, de certa forma, um caráter ético ínsito no contraditório, quando se preconizava um vínculo dele com a busca da verdade e a compensação de forças entre os litigantes (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 2).

O processo era concebido como o dizer e contradizer das partes, exigindo de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário. Dado que a única verdade alcançável era a verdade provável, o método dialético mostrava-se o instrumento adequando para sua busca. Na lógica do provável, implicada em tal concepção, a investigação da verdade não é o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos “pontos de vista” do outro (OLIVEIRA, 1998, p. 2).

A mudança de perspectiva, introduzida pela lógica de Pierre de la Ramée (século XVI), antecipa uma alteração de rumo que busca incorporar ao direito os métodos próprios da ciência da natureza, um pensamento orientado pelo sistema, em busca de uma verdade menos provável, com aspirações de certeza, a implicar a passagem do *iudicium* ao *processus*. Tudo isso se potencializa a partir do século XVII com a estatização do processo, com a apropriação

¹³⁷ Parcela do que é apresentado neste trabalho em relação aos princípios do contraditório e da ampla defesa originou-se do texto, com alterações e adaptações, do artigo “O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO: uma análise dos fundamentos normativos e dos argumentos jurídicos utilizados para invocar o princípio do contraditório nos julgamentos dos mandados de segurança 25.116/DF e 24.781/DF, sob as luzes da doutrina processual”, ainda não publicado, que foi escrito pela autora como requisito para o aproveitamento da disciplina *Princípios constitucionais do processo e a proteção dos direitos fundamentais* do Programa de Mestrado em Direito do UniCeub, ministrada pelo Professor Doutor Jefferson Carús Guedes no segundo semestre de 2012.

do ordenamento jurídico pelo Estado, que passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, tendência incrementada depois pelas ideias do iluminismo e pela Revolução francesa. Esses fatores conduziram a outra concepção do contraditório, que deixa de ser visto como necessário e intrínseco mecanismo de investigação da “verdade” e é rebaixado a princípio externo e puramente lógico formal. Ele passa a ser visto como simples audiência bilateral, sendo considerado atendido quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida (OLIVEIRA, 1998, p. 3).

No século XVIII a importância anteriormente atribuída à *lógica argumentativa* é deslocada para a *racionalidade subjetiva* e o processo assume o caráter de uma mecânica sequencia ordenada de atos. Esse é o momento no qual começa a decadência do princípio do contraditório. Em face da tendência de abandono do diálogo genuíno e de supervalorização da razão, o contraditório se torna uma mecânica contraposição de teses, ou mesmo prova de força das partes. A concepção do processo em termos de direitos e obrigações permite a confiança na existência de *verdades absolutas*, pré-constituídas antes do debate processual, em substituição à ideia de que a única verdade possível era a *verdade provável*, a ser alcançada por meio do contraditório, que assegurasse reciprocidade e igualdade no diálogo ente as partes (NUNES, 2008, p. 147-149).

No fim do século XIX, percebe-se o exaurimento da função axiológica do contraditório e mesmo de qualquer referência com o direito natural, ou seja, sua importância ético-ideológica (THEODOR JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 2). Essa concepção mais formalista encontrou terreno fértil no chamado processo liberal, dominante no século XIX, em que a filosofia do *laissez faire* destinava ao órgão judicial papel puramente passivo, cuja principal função era apenas a de verificar e assegurar o atendimento às determinações formais do processo (OLIVEIRA, 1998, p. 3).

Contudo, no decorrer do século XX, outros valores passaram a influenciar a conformação da garantia do contraditório, especialmente: a necessidade de maior ativismo judicial, a ânsia de efetividade – a exigir mais do que a simples proclamação formal das garantias processuais – e a revitalização do caráter problemático do direito. Com a transição do *ideário liberal do processo* para um *processo social* (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 2), passa-se a buscar a integração entre as tradicionais liberdades “individuais” com os direitos e as garantias de caráter social (OLIVEIRA, 1998, p. 4).

Essa visão permitiu o fortalecimento dos poderes do juiz. Seu papel de dirigir o processo passa a ser compreendido não apenas pelo aspecto formal (de regular e promover a ordem e o ritmo dos atos processuais) como pelo aspecto material (no sentido de ter o controle e a iniciativa oficiosa de recolher o material que formará sua convicção sobre o mérito, na busca do bem comum). Havia nessa época uma perspectiva de socialização do processo (NUNES, 2008, p. 150-151).

Após o segundo pós-guerra, com a ampla constitucionalização das garantias processuais, o estudo dessas garantias e o interesse pela colaboração das partes proporciona novos horizontes para o contraditório (NUNES, 2008, p. 150-151). O princípio ultrapassa o momento inicial de contraposição à demanda e começa a constituir atributo inerente a todos os momentos relevantes do processo. Deixa de ser meramente formal e passa a atender aos *standards* necessários para o estabelecimento de um processo justo. Recupera-se, assim, a partir dos anos cinquenta, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo (OLIVEIRA, 1998, p. 4).

Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes destacam que com o advento do Estado Constitucional Democrático, o processo que “durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz”, passou a permitir a melhora da relação entre os litigantes, de modo a garantir efetivo diálogo e comunidade de trabalho entre os sujeitos processuais tanto na fase preparatória do procedimento quanto na fase de problematização, permitindo, assim, a coparticipação na estrutura procedimental (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 4).

Atualmente, com a garantia constitucional da ação e a superação da rígida distinção entre direito substancial e direito processual, o qual deixou de ser visto como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material para ser considerado instrumento público de realização da justiça e da paz social e de concretização dos valores constitucionais, mostra-se insuficiente a velha definição do princípio do contraditório de caráter puramente formal. Na medida em que a participação no processo para a formação da decisão constitui posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, sendo, ela mesma, um direito fundamental, não pode essa garantia se revestir de caráter apenas formal, devendo ser qualificada substancialmente (OLIVEIRA, 2004, p. 1 e 4). O princípio passou a ter por conteúdo a

oportunidade concedida às partes para se manifestarem, em prazo razoável, sobre todas as questões de fato e de direito essenciais para a decisão da causa (OLIVEIRA, 1993, p. 4).

A uma concepção válida, mas restritiva, substitui-se hoje a noção mais ampla de contraditório, entendido como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos que se encontram em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia como resposta a uma ofensa, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de influir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 11-12).

Nesse sentido, Dierle José Coelho Nunes ressalta que o contraditório não é mais visto de forma estática, no sentido de que bastaria o dizer e contradizer das partes para atendê-lo, mesmo que essa participação fosse apenas aparente, não exercendo influencia sobre a decisão. Hoje ele atribui às partes possibilidade de participação preventiva sobre qualquer aspecto fático ou jurídico que esteja sendo discutido e julgado (NUNES, 2008, p. 152).

Essa concepção mais ampla do direito de defesa está em sintonia com a própria noção atualmente atribuída à garantia de acesso à justiça. Esta, consagrando no plano constitucional o direito de ação e o direito de defesa, tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do devido processo legal, direito esse que não pode ser entendido como a simples ordenação de atos por meio de um procedimento qualquer. O procedimento, para que legitime a função jurisdicional, deve “realizar-se em contraditório, cercado-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2004, p. 84).

Na mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni ressalta que é justamente porque o processo deve ser visto como instrumento de realização dos fins do Estado, que ele deve se desenvolver de forma a propiciar a efetiva participação das partes, pois, do contrário, ele não terá condição de legitimar o exercício da jurisdição e a realização dos seus fins. Nas palavras do autor, “um procedimento incapaz de atender ao direito de participação daqueles que são atingidos pelos efeitos da decisão está longe de espelhar a ideia de democracia, pressuposto indispensável para a legitimidade do poder” (MARINONI, 2006, p. 452).

Segundo Dhenis Cruz Madeira, o contraditório e a ampla defesa, enquanto princípios institutivos do processo ao lado da isonomia, não podem ser afastados do processo jurisdicional, pois, sem eles, não há processo, apenas rito. O referido jurista afirma que os direitos fundamentais e os princípios institutivos do processo não podem ser afastados ou suprimidos em prol do *interesse público*, pois tais princípios formam a própria instituição processual, constituem direitos fundamentais das partes e formam a base do discurso jurídico-democrático (MADEIRA, 2008, p. 134-135).

Madeira explica que esses princípios permitem um discurso democrático incessante, garantindo a fiscalização irrestrita e a não petrificação do ordenamento jurídico, pois a discussão isonômica, ampla e em contraditório acerca da aplicação do Direito fazem com que ele não se dogmatize, à medida que sempre haverá reflexão em torno dos casos concretos. Além disso, em sua opinião, as decisões estatais que não podem ser fiscalizadas não se prestam à consolidação do Direito democrático, pois quase sempre se fundam em expressões inesclarecidas e ideológicas com “bem estar social”, “equidade” e “justiça”, que, nas falsas democracias, mascaram o autoritarismo e a violência. Esses discursos universais impostos solitariamente por uma autoridade obstaculizam a construção livre e não violenta dos provimentos estatais (MADEIRA, 2008, 136-137).

O mesmo autor ressalta que diante da complexidade da sociedade contemporânea – na qual coexistem diversas noções de bem-estar, justiça, moral, bom, mau, certo e errado – e considerando que o Direito Democrático veda a construção solitária e violenta das decisões estatais, mostra-se necessário assegurar a coparticipação argumentativa dos destinatários de tais provimentos, em um espaço jurídico que assegure uma condição ideal de fala, para que eles possam se identificar com a decisão. Para ele, isso só será possível em um espaço procedimental regido pela ampla defesa, pelo contraditório e pela isonomia. Assim, no atual modelo do Estado Democrático de Direito, ainda que existam interesses conflitantes, Madeira considera inaceitável que um agente público imponha seu senso de justiça aos destinatários do provimento estatal, pois “aceitar o contrário é o mesmo que acolher um discurso jurídico irracional, autoritário e obscuro, criando-se, por conseguinte, um infiscalizável *espaço do soberano*” (MADEIRA, 2008, p. 139-140, grifo do autor).

Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes explicam que na Alemanha o princípio do contraditório garante tríplice ordem de situações subjetivas processuais, as quais também

encontram ressonância em precedentes do Supremo Tribunal Federal: ¹³⁸ 1) o direito de receber adequadas e tempestivas informações, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante todo o curso do processo; 2) o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para o deslinde da controvérsia; 3) o direito de pretender que o juiz leve em consideração as suas defesas, alegações e provas no momento da prolação da decisão. Os referidos autores ressaltam que essa visão do princípio não deve se limitar a uma discussão de direito comparado, uma vez que ela permite vislumbrar e defender, em todo Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, a existência de um juiz diretor do processo que, necessariamente, exerce sua função garantindo às partes a manutenção da possibilidade de também participarem ativamente da relação processual (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 2 e 12).

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira salienta que, quando se trata do princípio do contraditório, a visualização tende a se fixar nas partes, contudo, deve-se alcançar também a figura do Juiz. O autor defende que não há monopólio da parte quanto à instrução da causa, mesmo com referência a interesses puramente privados, pois não se pode mais aceitar a

¹³⁸ Nesse ponto, o autor faz menção ao já mencionado Mandado de Segurança 24.268/MG, cuja ementa consta na introdução e que foi objeto de considerações no capítulo 1. No voto desse precedente, em trecho citado na fundamentação dos julgados examinados neste estudo, o Ministro Gilmar Mendes fez expressa referência ao direito alemão e às garantias processuais asseguradas pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, conforme a seguinte passagem: “Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã - BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, *Grundrechte - Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da CF/1988, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, *Grundrechte - Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig; Assmann, in: Maunz; Dürig, *Grundgesetz - Kommentar*, art. 103, vol. 4, n. 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. Dürig; Assmann, in: Maunz; Dürig, *Grundgesetz - Kommentar*, art. 103, vol. 4, n. 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões. (Decisão da Corte Constitucional - BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig; Assmann, in: Maunz; Dürig, *Grundgesetz - Kommentar*, art. 103, vol. 4, n. 97).” (Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, DJ 17/09/2004, p. 170 do inteiro teor da decisão).

imagem do juiz inerte, de braços cruzados, o qual encarava o processo como coisa das partes (OLIVEIRA, 1993, p. 1).

Barbosa Moreira também observa que o contraditório deve alcançar a figura do julgador. Segundo ele, o princípio tem dupla significação, uma para as partes e outra para o juiz. Para as partes, ele significa que elas devem ter no processo as mesmas oportunidades de se pronunciar, a fim de expor as próprias pretensões e razões, rebater as do adversário, produzir as provas de que disponham e falar sobre as produzidas pela outra parte ou por iniciativa própria do juiz. O essencial é, em suma, que se dê à parte a oportunidade de se manifestar, sendo irrelevante a sua omissão, desde que só a ela mesma possa ser imputada a sua causa. Já para o juiz, o contraditório representa o dever de proporcionar aos litigantes a oportunidade, em termos equivalentes, de se pronunciarem a respeito da condução do processo, não se admitindo que nenhum ato do órgão judicial permaneça totalmente imune à crítica das partes (BARBOSA MOREIRA, 2009, p. 50-51).

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que esse aumento de poderes não significa que cabe ao juiz compensar com sua atividade a inércia das partes, ele deve apenas suplantar lacunas, pois mesmo o Juiz mais competente depende da colaboração dos advogados para conduzir os processos mais complicados. Oliveira entende que, diante do caráter dialético do processo, é necessário modificar o alcance do antigo brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*, de forma que o juiz não fique completamente excluído da persecução dos fatos e as partes também possam contribuir com a valoração jurídica da realidade, apontando a norma que, segundo elas, deve ser aplicada ao caso (OLIVEIRA, 1993, p. 2).

De acordo com essa concepção do contraditório, não há nítida e rígida repartição de função entre as partes, ao contrário, impõe-se o entrelaçamento de ambas as atividades, com mútua colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa. Colaboração essa possibilitada apenas pelo permanente diálogo entre os sujeitos processuais, com a comunicação das ideias subministradas individualmente por tais sujeitos (OLIVEIRA, 1993, p. 3).

A cooperação entre os sujeitos processuais é necessária, segundo Oliveira, pela complexidade da vida atual, pois a interpretação do direito no mundo moderno só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade (OLIVEIRA, 1998, p. 5). Em face dessa realidade, o referido jurista

considera inadequada a investigação solitária do julgador, visto que o monólogo limita a perspectiva do observador, enquanto o diálogo, em compensação, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado (OLIVEIRA, 1993, p. 3).

O princípio do contraditório constitui ainda garantia de não surpresa. A percepção ampliada das partes acima relatada cria para o magistrado a impossibilidade de aplicar a tutela sem prévio debate com os sujeitos interessados, impondo-lhe o dever de provocar o contraditório sobre todas as matérias decididas. As partes não podem ser surpreendidas por provimentos judiciais fundados em questões de fato ou de direito que não foram debatidas durante o processo, inclusive quando se trata de questões que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz (NUNES, 2008, p. 159-160).

Nesse sentido, são as lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Demais disso, inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apoie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-as assim melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial. Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório (OLIVEIRA, 1998, p. 8).

Acerca do momento de exercício, Dierle Nunes afirma que o contraditório precisa ser compreendido como cânone essencial de todo o *iter* procedimental formador do provimento, devendo ser normativamente assegurado “de modo a possibilitar a interlocução em todo o espaço processual”. Nunes explica que existem dois modos do seu exercício: o *preventivo*, possibilitado no procedimento formativo do provimento, que é sua forma genuína; e o *sucessivo*, manifestado para a eficácia e controle do provimento após ele ser proferido (NUNES, 2008, p. 156-157).

A regra é o contraditório antecipado, que possibilita o efetivo diálogo dos sujeitos processuais antes da decisão, permitindo que eles façam valer suas próprias razões em posição de igualdade. A ausência do contraditório preventivo é medida excepcional, que só se justifica

nos casos legalmente previstos e quando houver risco de ineficácia do provimento (NUNES, 2008, p. 157).

A atual concepção até aqui relatada também pode ser observada na legislação brasileira. A Constituição Federal de 1988 ampliou o direito de defesa, elencando expressamente, em seu art. 5º, inciso LV, habitat natural dos direitos e das garantias fundamentais no sistema constitucional brasileiro, as garantias do contraditório e da ampla defesa, como direito de todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e dos acusados em geral.¹³⁹

Nelson Nery Júnior observa que o novo texto constitucional, ao estabelecer expressamente que o princípio alcança o processo civil e administrativo, promoveu alteração profunda no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque na carta revogada havia previsão da garantia apenas para o processo penal, embora a doutrina, acertadamente, entendesse que ela também se aplicava ao processo civil e administrativo (NERY JÚNIOR, 2004, p. 169).

De forma coerente com o texto constitucional, a Lei n. 9.784/1999, ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece, em seu art. 2º, *caput*,¹⁴⁰ que o processo administrativo deve ser informado pelo contraditório e pela ampla defesa, entre outros princípios.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, portanto, encontram assento constitucional em nosso ordenamento jurídico, devendo-se assegurá-los a todos os litigantes não só em processos judiciais, como também em procedimentos administrativos que envolvem interesses individuais. Ademais, o direito que o constituinte quis proteger não se resume ao simples direito de manifestação no processo. Trata-se de garantia que contempla tríplice ordem de direitos a serem exercidos durante todo o desenvolvimento processual: o direito à informação, o direito de manifestação e o direito de ver seus argumentos considerados pelo julgador.

¹³⁹ Além de colocar o contraditório e a ampla defesa no rol das garantias fundamentais, o constituinte brasileiro os mencionou em diversas outras passagens do texto constitucional, a maioria delas relacionadas a procedimentos administrativos: art. 247, parágrafo único e art. 41, § 1º, incisos II e III (perda de cargo por servidor público estável); art. 55, § 2º e § 3º (perda de mandato por deputado ou senador); art. 93, incisos VIII e II, alínea “d”, e art. 128, § 5º, inciso I, alínea “a” (apuração de antiguidade para promoção e remoção por interesse público de magistrados e membros do Ministério Público); arts. 103-B, § 4º, inciso II e 130-A, § 2º, inciso III (aplicação de sanções administrativas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público); e 184, § 3º (processo judicial de desapropriação para fins de reforma agrária).

¹⁴⁰ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

3.1.4 A razoável duração do processo

Com o reconhecimento da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira cada vez mais efetiva o papel que lhe cabe – de tutelar direitos e realizar justiça – surge também a preocupação com a sua efetividade e, por conseguinte, com a sua tempestividade. Isso porque, conforme ressalta Luiz Guilherme Marinoni, a questão temporal tem grande importância quando se está diante da tutela jurisdicional *dos direitos*, de tal forma que essa é indissociável da dimensão do tempo, pois tutelar de forma intempestiva equivale a não proteger ou a proteger de maneira indevida. Além disso, também do ponto de vista do réu, para que este tenha um processo justo, é preciso que a tutela jurisdicional seja prestada em prazo razoável, pois não é justo submetê-lo aos males da pendência processual por prazo excessivo (MARINONI, 2009, p. 87).

Na mesma linha, Paulo Hoffman afirma que um processo em que sejam rigorosamente respeitados todos os princípios processuais e morais cabíveis, mas que tenha uma duração excessivamente longa, não será justo. Por esse motivo, a preocupação com a razoável duração do processo deve orientar o legislador, o jurista e todos os operadores do direito, sob pena de, nas palavras do autor “se transformar a atividade jurisdicional em seu todo em uma grande fábula, um enorme dispêndio de tempo e dinheiro, que jamais atinge o fito e princípio maior do estado democrático, que é a realização da mais lúdica forma de *justiça*” (HOFFMAN, 2006, p. 70).

Segundo Marinoni, se o direito de ação é compreendido como o direito às técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção das tutelas prometidas pelo direito material – superando-se a concepção clássica, ainda presente em grande parte da doutrina do processo, segundo a qual o processo não é mais do que o direito à solução do litígio ou o direito a uma sentença sobre o mérito, seja ela de procedência ou de improcedência do pedido – ele se aproxima do direito à razoável duração do processo. Isto porque, quando se considera o direito de ação como o direito à obtenção da tutela do direito material, se toma em conta a sua “efetividade” que também reclama “tempestividade”. Assim, ao se deixar de lado a concepção clássica de direito de ação, atribui-se a ele o significado de direito à tutela jurisdicional

efetiva, inserindo-se no direito de ação o direito à tempestividade da prestação jurisdicional (MARINONI, 2009, p. 83).

A Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais é considerada a origem da concepção do direito à razoável duração do processo como direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade (TUCCI, 1997, p. 67). O referido diploma legal, também conhecido como Convenção Europeia dos Direitos do Homem, foi subscrito em Roma por vários Estados europeus, no dia 04.11.1950, com vigência a partir de 03.09.1953 (DIAS, 2005, p. 4). Em seu art. 6º, alínea I, prevê que:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.¹⁴¹

A partir desse momento, foi instituída, pelo art. 19 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem,¹⁴² a Corte Europeia dos Direitos do Homem,¹⁴³ sediada na França, a qual incumbe, sem prejuízo do controle no âmbito interno dos países signatários, o papel de fiscalizar a atuação dos estados pactuantes quanto o respeito à razoável duração do processo (OLIVEIRA, V., 2008, p. 5-6).

Posteriormente, o direito a um processo sem dilações indevidas passou a ser consagrado em inúmeros textos legislativos, dos quais derivou fecunda elaboração doutrinária e jurisprudencial, não só na Europa Ocidental e na América do Norte, como também em países que adotam o sistema do *Common Law* (TUCCI, 1997, p. 66-77).

No caso do Brasil, a garantia à razoável duração do processo foi introduzida em nosso ordenamento jurídico com a Convenção Americana de Direitos Humanos, que, em seu art. 8º, alínea I, contém a seguinte previsão, inspirada na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (DIAS, 2005, p. 4):

¹⁴¹ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Council of Europe. Roma, 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.

¹⁴² “ARTIGO 19º – Criação do Tribunal – A fim de assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes, da presente Convenção e dos seus protocolos, é criado um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a seguir designado ‘o Tribunal’, o qual funcionará a título permanente.”

¹⁴³ Também chamada de Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ou Tribunal de Estrasburgo.

*Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*¹⁴⁴

A Convenção Americana de Direitos Humanos, comumente chamada de Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, tendo seu texto aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro, sem reserva, mediante o Decreto Legislativo 27, de 26 de maio de 1992, e a correspondente carta de adesão depositada pelo nosso Governo em 25 de setembro 1992. Logo em seguida, com a ulterior publicação do Decreto 678, em 9 de novembro de 1992, o Pacto de San José foi promulgado e, finalmente, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim, com o rol das formalidades legais para a internalização da norma rigorosamente cumprido, passou-se a dever obediência à referida cláusula no Brasil, como já proclamava a doutrina antes da publicação da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 (TUCCI, 1997, p. 86-88).¹⁴⁵

Posteriormente, a razoável duração do processo foi inserida, pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, no rol de direitos e garantias fundamentais previsto na Constituição Federal de 1998. Incluiu-se em seu art. 5º o inciso LXXVIII, o qual possui a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Com isso, a Constituição ampliou o conceito normativo do devido processo legal, por ela protegido como garantia fundamental das pessoas. Ele passou a compreender, entre outras garantias processuais, o direito fundamental do povo a um processo de razoável duração e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, ou, em outras palavras, o direito do povo jurisdicionado a um processo sem dilações indevidas (DIAS, 2005, p. 2).

Marinoni adverte que direito à razoável duração do processo não é sinônimo de direito à celeridade do processo, pois, embora essa confusão possa decorrer do disposto na segunda parte do inciso LXXVIII, que fala em “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”,

¹⁴⁴Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 2 fev. 2014.

¹⁴⁵No mesmo sentido, são as seguintes considerações de António Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, anteriores à Emenda Constitucional n. 45 de 2004: “Realmente, a garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas integra as garantias do devido processo legal (expressas, nesse ponto, a Constituição espanhola de 1978, no art. 24.2, e a Constituição canadense de 1982, no art. 11, b), porquanto justiça tardia não é verdadeira justiça. A Constituição brasileira, omissa a esse respeito, vem assim integrada não só pelos direitos e garantias implícitos, mas também pela Convenção Americana, tudo nos termos do art. 5º, § 2º, Const.” (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2004, p. 86).

não há como pensar em duração razoável quando tanto o autor quanto o réu não podem participar do processo de modo adequado (MARINONI, 2009, p. 90).

Dessa forma, Ronaldo Brêtas Dias defende que a exigência constitucional de se obter a prestação da atividade jurisdicional em tempo útil ou prazo razoável – o que significa adequação temporal da jurisdição, mediante processo sem dilações indevidas – não permite a aceleração dos procedimentos pela diminuição das demais garantias processuais constitucionais, como, por exemplo, pela supressão do contraditório. Do contrário, sob a justificativa de acelerar o procedimento, estar-se-ia, em verdade, estimulando o arbítrio dos juízes, fomentando a insegurança jurídica e escarnecendo a garantia fundamental do devido processo legal, em grosseira agressão ao princípio do Estado Democrático de Direito (DIAS, 2005, p. 2).¹⁴⁶

O estado de fato ideal que o princípio da razoável duração do processo preconiza, portanto, não é a celeridade processual a qualquer custo. Trata-se, em verdade, da exigência de que a atividade jurisdicional seja prestada ao povo pelo Estado com eficiência, princípio que, ao lado da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da moralidade, deve permear a atividade de toda a Administração Pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do art. 37 da Constituição Federal de 1988 (DIAS, 2005, p. 3).

Assim, por determinação constitucional, a eficiência e a adequação do serviço público jurisdicional constituem dever jurídico do Estado e pressupõem, nos procedimentos de interpretação e aplicação do Direito, a obediência ao ordenamento jurídico e a utilização de meios racionais e de técnicas processuais que produzam o efeito desejado, a saber: “serviço público jurisdicional prestado a tempo e modo, por meio da garantia constitucional do devido processo legal, preenchendo sua finalidade, a de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico, apto a proporcionar um resultado útil às partes” (DIAS, 2005, p. 3).

¹⁴⁶ Nessa linha, José Roberto dos Santos Bedaque observa que assim como não adianta um processo seguro e justo, mas demorado, também não pode ser cultuada apenas a celeridade, o que aumentaria o risco de decisões injustas, sendo preciso buscar o tempo razoável a que se refere o art 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 (BEDAQUE, 2006, p. 78). Esse é também o posicionamento de Helena Guimarães Barreto, a qual afirma que a realização do direito à razoável duração do processo não pode violar o devido processo constitucional a pretexto de uma efetividade processual. Ela considera necessário estabelecer de forma clara o conteúdo da celeridade processual, cuja concretização no Estado Democrático de Direito deve respeitar o devido processo legal e os princípios constitucionais processuais, sob pena do procedimento se tornar inquisitorial e arbitrário. Em sua opinião, o tempo não pode ser considerado um inimigo do processo, pois ele faz parte da existência humana de forma que aquilo que não se encontra na dimensão temporal não faz parte da realidade (BARRETO, 2008, p. 217-219).

Com relação ao alcance da expressão *razoável duração do processo*, decorrente do direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável, sem *dilações indevidas*, entende-se como indevidos os atrasos ou delongas durante o processo que decorrem de inobservância dos prazos estabelecidos ou de injustificados prolongamentos das etapas que separam a realização de um ato processual de outro sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, sempre que tais dilações não dependam da vontade das partes ou de seus mandatários (TUCCI, 1997, p. 67).

Duração razoável, como o próprio nome indica, nada tem a ver com duração limitada a um prazo certo ou determinado (MARINONI, 2009, p. 89). É impossível, fixar *a priori* uma regra específica para determinar o que seria violação do direito à tutela jurisdicional em prazo razoável, pois o conceito de *dilações indevidas* é aberto e indeterminado, não podendo ser definido como a simples inobservância dos prazos processuais (TUCCI, 1997, p. 67-68).

No exame do que deva ser entendido por *prazo razoável de duração do processo*, costuma-se utilizar os critérios estabelecidos pela Corte Europeia dos Direitos do Homem quando essa aprecia e julga casos de violação do direito à prestação da atividade jurisdicional em prazo razoável, impondo aos Estados europeus signatários a obrigação de pagar indenização por danos materiais e morais aos prejudicados pelo descumprimento das normas do seu art. 6º (DIAS, 2005, p. 4).

Consoante o posicionamento jurisprudencial da referida Corte, três critérios, segundo as circunstâncias de cada caso concreto, devem ser levados em consideração para ser apreciado o tempo razoável de duração de um determinado processo: a complexidade do assunto, o comportamento dos litigantes e de seus procuradores e a atuação do órgão jurisdicional. É importante frisar que a demora, para ser reputada inaceitável, deve decorrer da inércia do órgão jurisdicional encarregado do processo (TUCCI, 1997, p. 67-69).

É a lentidão, a morosidade da atividade jurisdicional, quase sempre imputável à negligência do Estado, que configura a inobservância do prazo razoável de duração dos processos. Não se admite como justificativa para a demora processual o excesso de trabalho decorrente do acúmulo de processos ou o demorado estado de vacância dos cargos de juízes

por remoção ou aposentadoria, pois é dever do Poder Público prover de adequada estrutura seus órgãos jurisdicionais (DIAS, 2005, p. 5).¹⁴⁷

Acerca das questões que devem ser avaliadas para se aferir a violação do direito à razoável duração do processo, José Rogério Cruz e Tucci ressalta que, na aferição realizada pela Corte Europeia de Direitos do Homem, também são levadas em consideração a natureza e algumas características do processo em que teria ocorrido indevida demora, como a qualidade do demandante nas questões cíveis de cunho indenizatório. Isto é, se deficiente físico, portador de doença grave, entre outras situações fáticas (TUCCI, 1997, p. 69).

Embora se trate de critério adotado pelo direito internacional, não há, *a priori*, impedimento para que essas questões sejam levadas em consideração para a aplicação do princípio também no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, tomando-se como exemplo os casos concretos objeto do presente estudo, entende-se que o fato de os interessados serem, em sua maioria, pessoas idosas, e de o direito material envolvido estar relacionado à verba de caráter alimentar, impõe ao Estado o dever de apreciar as concessões de aposentadorias, reformas e pensões, em prazo ainda mais exíguo do que aquele que seria considerado razoável para a apreciação de outros processos que não possuem tais características.

No tocante às possíveis consequências do desrespeito à razoável duração do processo, Vallisney de Souza Oliveira distingue a *repercussão interna*, relativa aos desdobramentos da demora no âmbito do processo moroso, da *repercussão externa*, que diz respeito à possibilidade de interposição de ação contra o Estado pela ineficiência na prestação jurisdicional (OLIVEIRA, V., 2008, p. 27).

Sobre a *repercussão interna*, parte que mais importa ao presente estudo, o referido autor observa que uma das consequências da proibição da dilação judicial indevida é que o cidadão não poderá sofrer exclusivamente os prejuízos pela deficiência na atividade estatal. Assim, no caso do processo penal, por exemplo, se o Estado demora a declarar alguém culpado pelo cometimento de um crime, torna-se indubitável o direito ao reconhecimento da prescrição penal. Isso porque se existe uma pretensão contra o réu, ele possui o direito de se defender e de se livrar dessa pretensão, de forma que o prolongamento dessa ação sem que lhe seja dado esse direito configura constrangimento ilegal (OLIVEIRA, V., 2008, p. 27-29).

¹⁴⁷ No mesmo sentido, são os posicionamentos de José Rogério Cruz e Tucci (1997, p. 69) e de Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 89).

Além disso, conforme explica Oliveira, o atraso excessivo na investigação da autoria de um crime configura patente agressão à ampla defesa do cidadão. A demora imotivada de um procedimento policial ou judicial causa danos não apenas a direitos subjetivos, como ao próprio interesse público no processo, pois contribui, por exemplo, para o desaparecimento de provas e para o esquecimento de fatos pelas testemunhas (OLIVEIRA, V., 2008, p. 29-30).

Quanto à *repercussão externa*, Oliveira entende que a atuação indevida do Estado pode ensejar a sua responsabilização pela reparação dos danos sofridos pelo indivíduo em razão da demora na prestação jurisdicional, com o direito de regresso contra o agente causador do dano (OLIVEIRA, V., 2008, p. 36).

Portanto, na opinião de Oliveira, uma vez que é dever do Estado aparelhar seus órgãos e adotar as medidas necessárias para que a atividade jurisdicional seja prestada de forma rápida e eficaz, caso não haja o cumprimento dessa obrigação, então que o próprio Estado arque com as consequências do seu funcionamento insatisfatório (OLIVEIRA, V., 2008, p. 36).

Apresentados os principais contornos jurídicos e normativos dos princípios constitucionais da razoável duração do processo, do contraditório e da ampla defesa no que diz respeito aos processos em geral, cabe tecer algumas considerações sobre a repercussão e as peculiaridades de tudo o que foi dito no âmbito do processo administrativo.

3.1.5 O devido processo administrativo no atual modelo do Estado brasileiro

Conforme aponta Vitor Rhein Schirato, a partir da consolidação da democracia como um dos vetores do Estado contemporâneo, o ato administrativo – que até a primeira metade do século XX ocupava o centro do estudo do Direito Administrativo – passa a perder espaço para o processo administrativo. Em outras palavras, o foco do Direito Administrativo passa ser tema mais complexo, que se refere a todo o caminho percorrido pela Administração Pública para exarar o ato final (SCHIRATO, 2010, p. 9-10).¹⁴⁸

¹⁴⁸ Para uma descrição mais detalhada dessa mudança de foco no âmbito do estudo do direito administrativo, ver Odete Medauar (2008, p. 59-65).

Na mesma linha, Carlos Henrique Caldeira Jardim afirma que, embora não haja consenso teórico acerca da perda de autoridade do ato administrativo, há quase unanimidade quanto ao diagnóstico da crise do ato administrativo clássico e da consequente tendência de o procedimento administrativo e da relação jurídica administrativa convergirem para o centro da dogmática administrativa (JARDIM, 2006, p. 408).

Essa mudança de paradigma decorre da alteração na forma de agir da Administração Pública que, desde o fim do século XIX até a primeira metade do século XX, atuava de forma verticalizada e autoritária frente aos particulares, por meio de decisões impostas unilateralmente. Com a consolidação do Estado de Democrático Direito e as afirmações de direitos fundamentais dos cidadãos contra o Estado após o segundo pós-guerra, esse cenário muda profundamente, não sendo mais possível a imposição de decisões estatais sem prévio processo. Os administrados passam a ter a garantia de participar das decisões públicas, pois tanto o conceito de *Estado de Direito* quanto o conceito de *democracia* são absolutamente opostos à imposição de decisões, à unilateralidade, e ao autoritarismo ilimitado (SCHIRATO, 2010, p. 9-10).

Bernardo Strobel Guimarães leciona que, com a paulatina consagração do Estado Social e a previsão de direitos de índole prestacional, já houve ampliação dos escopos do processo administrativo. Este deixou de ter tão somente a função de coibir os excessos da Administração, como instrumento de garantias de índole negativa, e passou a ser o meio pelo qual o cidadão pleiteia benesses estatais e pelo qual a Administração afere se foram cumpridas as condições necessárias para tanto. Contudo, a mudança da lógica da formação da vontade estatal só ocorreu com a consagração dos ideais de participação democrática dos cidadãos nas decisões administrativas (GUIMARÃES, 2010, p. 83-85).

A relação do Estado Democrático de Direito com o incremento da processualidade no exercício da função administrativa¹⁴⁹ pelo Poder Público também é apontada por Carolina Caiado Lima, para quem a adoção do referido modelo de Estado pela atual Constituição é elemento catalisador da evolução do processo administrativo no Brasil. Isso porque o devido processo administrativo – conceito que engloba o respeito ao contraditório, à ampla defesa e à razoável duração do processo – é uma das garantias que visa limitar o exercício do poder pela

¹⁴⁹ Como *função administrativa*, adota-se neste trabalho o conceito formulado por José dos Santos Carvalho Filho: “tecnicamente, pode-se dizer que a função administrativa é aquela exercida pelo Estado ou seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional e legal, sob regime de direito público, com vistas à alcançar os fins colimados pela ordem jurídica” (CARVALHO FILHO, 2005, P. 3).

Administração Pública enquanto um dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Por isso, a partir da consolidação da democracia, é possível pensar em processualidade ampla, pois no exercício da função administrativa também terá importância o caminho percorrido até determinado ato administrativo (LIMA, 2010, p. 54-56).

Schirato acrescenta que, atualmente, com o surgimento da “sociedade pluriclasse”, caracterizada pela convivência de número cada vez maior de interesses coletivos e distintos e pela consequente necessidade de intervenção estatal em diversos campos sociais e econômicos, a noção do interesse público contraposto ao particular passa a ser cada vez mais fluida. Isso porque não é mais possível falar em um único interesse público, supremo em relação aos interesses privados, mas apenas em vários interesses coletivos dotados de legitimidade. Com isso, ao não ser mais possível uma atuação unilateral e autoritária, dada a inexistência de um interesse público previamente definido a ser tutelado, caberá a Administração Pública identificar os interesses coletivos legítimos subjacentes, para, diante do caso concreto, ponderá-los (SCHIRATO, 2010, p. 16).¹⁵⁰

É nesse ponto que, na opinião de Schirato, reside a importância do processo administrativo como meio adequado para identificar e ponderar os interesses públicos legítimos existentes, a fim de escolher um ou alguns deles para serem atendidos no caso concreto. Para o referido autor, o processo administrativo tem a função de permitir o desenvolvimento da atividade administrativa no atual contexto do Direito Administrativo brasileiro, pois é o mecanismo que possibilita, por meio do diálogo entre a Administração Pública e os interessados, a identificação de todos os interesses coletivos presentes no caso concreto “e impõem o dever de fundamentação das decisões tomadas, de forma a explicitar as razões do ato exarado e, conseqüentemente, do interesse coletivo eleito” (SCHIRATO, 2010, p. 16).

Conforme observa Jardim, a teoria oferece substrato para se sustentar que a mudança de eixo para a processualidade acima relatada pode proporcionar a elevação do patamar da *legitimidade* e até mesmo da *efetividade* da atuação pública (JARDIM, 2006, p. 409).

Sobre o aspecto legitimador da processualidade administrativa, Vitor R. Schirato explica que, em um contexto democrático, é possível entender que para a atuação estatal ser legítima ela precisa ser exarada de acordo com a vontade geral. A legitimidade está

¹⁵⁰ No mesmo sentido, são as ponderações de Bernardo Strobel Guimarães (2010, p. 85-87).

intrinsecamente relacionada com a participação dos cidadãos na atuação estatal. Por isso, em sua opinião, “o processo administrativo apresenta forte caráter de instrumento de legitimação do exercício do poder estatal” (SCHIRATO, 2010, p. 41-43).

Nesse sentido, Odete Medauar afirma que a processualidade está associada ao exercício do poder estatal, pois a imperatividade, característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve ser expressa de forma paritária e imparcial, no âmbito do processo pré-constituído. Daí reside, para Medauar, a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois as informações que emergem no processo evidenciam “se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído” (MEDAUAR, 2008, p. 70). A legitimação das decisões estatais passa, portanto, a obedecer uma lógica processual, que assegure sua transparência e controlabilidade (GUIMARÃES, 2010, p. 87).

Além disso, corroborando as ideias de Jardim acerca do incremento da efetividade como consequência da processualidade da atuação pública, Schirato acredita que a legitimidade decorrente do processo contribui para que as decisões administrativas sejam menos sujeitas ao descumprimento pelos próprios destinatários, dada sua maior aceitabilidade racional. Assim, ao se instituir mecanismo decisório no qual a decisão não é imposta, mas construída conjuntamente, além de legítima, a decisão estatal tende a ter maior perenidade e efetividade (SCHIRATO, 2010, p. 43-44).¹⁵¹

Acerca da noção de processo administrativo, Schirato defende a adoção de uma concepção ampla, segundo a qual o processo administrativo “consiste nos diálogos entre a Administração Pública e particulares, com vistas à formação de uma decisão final concertada, após ponderações dos interesses públicos subjacentes”. Essa noção ampla abrange a maior parte das decisões administrativas. Contudo, o autor entende que nem todo ato administrativo demanda prévio processo, o qual é dispensável no caso de atos mais simples, em que não há interesses a serem sopesados e, portanto, inexistente exercício de ponderação ou arbitramento (SCHIRATO, 2010, p. 19-20).

Para Carolina Caiado Lima, “a Administração Pública tem o dever de atuar processualmente sempre que a decisão a ser tomada puder interferir na esfera de direitos da coletividade ou na esfera individual de direitos dos cidadãos” (LIMA, 2010, p. 59).

¹⁵¹ No mesmo sentido, ver Odete Medauar (2008, p. 69).

Essa concepção do processo administrativo como dever do Estado e direito dos cidadãos, a ser realizado anteriormente à tomada de decisões, traz como consequência o reconhecimento de uma série de direitos processuais assegurados aos administrados, dentre os quais se destacam, para os fins do presente estudo, o contraditório, a ampla defesa e a razoável duração do processo. Não é por acaso que, pela primeira vez, a Constituição vigente fez questão de endereçar expressamente a todos os processos administrativos as referidas garantias processuais.

No que diz respeito à razoável duração do processo administrativo, Odete Medauar afirma que a extensão dessa garantia à esfera administrativa pelo texto constitucional representou importante inovação. Sua previsão como direito fundamental repercute profundamente nos direitos das pessoas frente à Administração (dos três poderes) e nas obrigações desta perante aqueles, não se permitindo mais que ela silencie ou prolongue infinitamente a tomada de decisões (MEDAUAR, 2010, p. 99).

Odete Medauar assevera que, na esfera administrativa, o princípio exige a busca de um estado de fato no qual haja maior aceleração da tomada de decisões pela Administração Pública, de forma que esta fique obrigada a adotar medidas adequadas, de natureza orgânica e funcional, para o atendimento desse fim. Nesse sentido, a referida autora enumera, a título de exemplo, alguns dos mecanismos, de natureza organizacional ou funcional, que devem ser implantados pela Administração (por meio de normas, atos, posturas de controle, entre outros), para tornar efetiva a garantia à razoável duração do processo (MEDAUAR, 2010, p. 100-103).

São oito os exemplos citados pela autora: a) fixação de prazos para decidir; b) fixação de prazos para manifestação do particular ou para providências a seu cargo; c) previsão de efeitos para o silêncio ou descumprimento de prazo pelo interessado; d) controle interno do cumprimento de prazos pela Administração, por meio do controle hierárquico para fiscalizar, que pode ser realizado pelas corregedorias e ouvidorias; e) responsabilização dos agentes públicos pelo descumprimento de prazos na esfera administrativa, bem como do Estado perante o administrado na esfera civil; f) perda, pela Administração, da possibilidade de atuar após o decurso do prazo não cumprido, com a imposição de prazos prescricionais e decadências; g) redução do número de instâncias administrativas na tramitação dos processos; h) reunião conjunta de representantes de vários órgãos ou entidade, o que pode reduzir o

tempo de tramitação dos processos e ainda permitir decisões consensuais (MEDAUAR, 2010, p. 102-103).

Quanto à incidência do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo, é importante assinalar que as alterações até aqui relatadas na forma de atuação da Administração conduziram à ampliação da legitimidade dos cidadãos para participar do processo administrativo. Conforme leciona Bernardo Strobel Guimarães, em face do aumento dos objetivos do processo administrativo, o conceito de parte extraído do direito processual civil não é suficiente para explicar a legitimação para a participação no processo administrativo, sujeita à lógica própria (GUMARÃES, 2010, p. 80).

Guimarães explica que o conceito tradicional de parte no direito civil – que engloba quem está vinculado formalmente à discussão, independentemente de ter ou não vinculação com algum direito do ponto de vista material – é deslocado da relação de direito material para fins de aplicação das normas processuais. Apesar dessa abstração do direito de ação, que serve a objetivos operacionais, o fato é que a legitimidade e o interesse processual integram as condições da ação e estão sujeitos a rigoroso controle (arts. 3º e 267, inciso VI, do Código de Processo Civil),¹⁵² de forma que a ausência de vinculação à relação de direito material obsta a participação no processo (GUIMARÃES, 2010, p. 89).

No processo administrativo, parte é, em essência, “quem deduz uma pretensão diante da Administração ou os sujeitos em face de quem é movida a pretensão”. Esse conceito usual não rompe com o conceito tradicional do direito processual, que abstrai cogitações materiais e foca na relação jurídico-processual. No entanto, a noção de parte no processo administrativo é mais difícil de identificar por não haver a figura do terceiro imparcial, que permite perceber com clareza dois polos da relação processual com interesses efetivamente contrapostos. Apesar dessa dificuldade, segundo Guimarães, ainda que se rejeite a verdadeira oposição de interesses, a existência de partes será inegável na medida em que houver, ao menos, contraposição de vontades. Basta, portanto, essa oposição para demarcar dois polos distintos em divergência, permitindo que se fale em partes no processo administrativo (GUIMARÃES, 2010, p. 90-91).

¹⁵² “Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.”

“Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;”

Estabelecido o conceito formal de parte, Guimarães destaca que a peculiaridade do processo administrativo em relação ao processo judicial é que a legitimidade não se exaure com a titularidade de um direito subjetivo referido a uma relação de direito material, ou a um grau de afetação a ela. Em sua opinião, embora seja clara a legitimidade processual nesses casos em que o indivíduo será diretamente atingido pela decisão – situação na qual o processo administrativo assume a posição de garantia subjetiva – paralelamente, há também uma capacidade genérica de questionar comportamentos da Administração conferida a todos os particulares, baseada no direito de petição (GUIMARÃES, 2010, p. 91).

Segundo o referido jurista, no campo administrativo, qualquer pessoa que não tenha vinculação direta com a relação controvertida, poderá, com fundamento no interesse social, questionar os atos e condutas do Poder Público. Isso quando estiver em jogo a tutela da ordem jurídica objetiva, pois não se admite que alguém postule direito de outrem com base no direito de petição (GUIMARÃES, 2010, p. 91-92).

Haveria, assim, dois tipos de participação no processo administrativo. A vinculada a algum direito subjetivo – que mais interessa ao presente estudo – assegurada ao particular como garantia individual de participar na “condição de *parte necessária* a ser ouvida *previamente* acerca dos atos que repercutem sob sua esfera jurídica”, mediante processo permeado pela ampla defesa e pelo contraditório. E a “participação cívica”, desvinculada de direitos subjetivos, caracterizada pela possibilidade de, após a prática do ato administrativo, ele vir a ser questionado por qualquer cidadão ou por organizações que representem interesses coletivos ou difusos, com base no direito de petição (GUIMARÃES, 2010, p. 95-96, grifo nosso).

De maneira semelhante, Rodrigo Pagani de Souza afirma que há pelo menos duas faces do contraditório no processo administrativo: uma em processos relativos a interesses individuais, outra nos relativos a interesses gerais. Pagani observa que, no caso dos processos administrativos concernentes a interesses individuais (grupo no qual estão inseridos os julgados objeto deste estudo), é crescente a produção jurisprudencial do STF que acolhe o contraditório, muitas vezes ao lado da ampla defesa e do devido processo legal, como razão de decidir. Já no caso dos processos que envolvem assuntos de interesse geral, cresce a produção doutrinária e legislativa que, embora sem mencionar expressamente o princípio do

contraditório, sugere a existência de um “princípio de participação da sociedade na Administração Pública”¹⁵³ (PAGANI, 2010, p. 109).

É importante registrar que as considerações feitas neste tópico acerca da processualidade administrativa e do modelo de Estado ora vigente estão amparadas no ordenamento jurídico brasileiro, a começar, como não poderia deixar de ser, pelo texto constitucional.

Logo no preâmbulo, por exemplo, o constituinte, declarando-se “representante do povo brasileiro” e, extraindo daí sua legitimidade para promulgar a Constituição, já deixa expressa a adoção do modelo do “Estado Democrático”, assegura “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”, e reconhece o pluralismo social. Depois, no art. 1^a, faz menção ao paradigma do “Estado Democrático de Direito”, e afirma que “todo o poder emana do povo”. A adoção desse modelo democrático e seus reflexos no processo administrativo são evidenciados ao longo de todo o texto constitucional, como ocorre nos diversos dispositivos citados neste capítulo.

Na legislação infraconstitucional, esses mandamentos democráticos encontram ressonância, por exemplo, nas normas que preveem a realização de consultas e audiências públicas antes de decisões sobre questões de grande relevância para a sociedade, como o art. 39 da Lei n. 8.666/1993 (determina a realização de audiência pública previamente às licitações que envolvam contratações de valor elevado) ou o art. 31 da Lei n. 9.784/1999 (faculta a realização de consulta pública quando o processo tratar de assunto de interesse geral), entre outros dispositivos.¹⁵⁴

¹⁵³ Essa afirmação de Pagani acerca da crescente produção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema é amparada por pesquisa realizada pelo autor, na qual ele faz levantamento de julgados e de manifestações doutrinárias sobre o assunto (PAGANI, 2010, 120-172).

¹⁵⁴ “Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea ‘c’ desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados” (Lei n. 8.666/1993).

“Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. § 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. § 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a

A Lei n. 9.784/1999, no art. 1º, corroborando as ideias aqui mencionadas, reconhece o “processo administrativo” como meio destinado à “à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”, no âmbito dos três poderes, “quando no desempenho de função administrativa”¹⁵⁵(SCHIRATO, 2010, p. 46).

Além disso, a mesma norma, no art. 2º, estabelece como princípios “da Administração Pública”, os princípios da “legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.¹⁵⁶ Ao se referir à “Administração Pública” como um todo – não aos “processos administrativos” como fez logo em seguida no parágrafo primeiro – e depois a princípios como o contraditório e a ampla defesa, a lei evidencia o caráter processual que deve permear a atuação administrativa.

Isso também é refletido no art. 50 da referida lei, que determina a motivação dos atos administrativos quando “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”, dentre outras situações ali enumeradas.¹⁵⁷ Bem como no art. 9º, que, tal qual salienta Schirato, ao apresentar

condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais” (Lei n. 9.784/1999). A esses, somam-se outros exemplos: “Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo” (Lei n. 9.784/1999).

“Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas” (Lei n. 9.784/1999).

“Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado” (Lei n. 9.784/1999).

“Art. 4º A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia. (...) § 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL” (Lei n. 9.427/1996).

“Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca” (Lei n. 9.472/1997).

¹⁵⁵ “Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. § 1º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.”

¹⁵⁶ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:”

¹⁵⁷ “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato

a definição de interessado no processo administrativo, alargou consideravelmente a noção de parte, ampliando a possibilidade de participação no processo decisório do Estado¹⁵⁸ (SCHIRATO, 2010, p. 46).

Por fim, cabe destacar o disposto no inciso I do referido art. 9º, de especial relevância para o presente estudo, que coloca entre os legitimados como interessados no processo administrativo, as “pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação”, situação na qual se enquadram os beneficiários de atos concessivos de aposentadoria, reforma ou pensão.

3.2 Análise dos julgados

A partir dessas considerações doutrinárias acerca dos princípios da razoável duração do processo, do contraditório e da ampla defesa, bem como do sentido e do papel que eles assumem no âmbito do atual processo administrativo brasileiro, será possível analisar o julgamento dos Mandados de Segurança ns. 24.781/DF e 25.116/DF e verificar, em que medida, a decisão neles proferida pelo Supremo Tribunal Federal efetivamente contribui para a realização dos fins que cada um deles preconiza.

3.2.1 Quanto à aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa

Conforme visto no capítulo 1, em consonância com os posicionamentos doutrinários colhidos ao longo deste estudo, os ministros afirmam que a Constituição Federal de 1988 ampliou o direito de defesa, de modo que este passou a contemplar todos os processos judiciais e administrativos e não se resume ao simples direito de manifestação nos autos, englobando o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. Salientaram,

administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”

¹⁵⁸ “Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo: I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.”

ainda, que o vocábulo “litigante” contido no texto constitucional deve ser compreendido em sentido amplo, ou seja, quando estiverem envolvidos interesses contrapostos, não se limitando ao sentido processual de parte, a pressupor um conflito de interesses constante de processo judicial. Assim, o princípio também se aplica a todo procedimento administrativo em que o patrimônio do administrado possa vir a ser, de qualquer modo, atingido.¹⁵⁹

Com esses argumentos, ratificaram o entendimento de que, quando o TCU cancela decisão anterior que afeta direitos individuais, considerando ilegal *ato já apreciado* e cujo registro foi autorizado, deve respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o ato já estava perfeito e acabado. Isso porque, tratando-se de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a sua anulação deve ser realizada por meio do devido processo legal e não prescinde da observância do contraditório.¹⁶⁰

Contudo, mantiveram o posicionamento de que, no caso dos atos de concessão *inicial* de aposentadorias e pensão, em regra, não cabe ao TCU, ao apreciá-los, o dever de garantir aos beneficiários o exercício do contraditório e da ampla defesa. Isso porque antes do pronunciamento da Corte de Contas, o ato, por ser classificado como ato complexo, é imperfeito, não estando integrado ao patrimônio jurídico do servidor; e sua apreciação para fins de registro se dá em uma relação “endoadministrativa” não contenciosa, entre o órgão de controle externo e aquele que emitiu o ato, razão pela qual não assiste ao interessado o direito de ser ouvido.¹⁶¹

A primeira parte do entendimento acima mencionado prestigia os princípios do contraditório e da ampla defesa tal qual são concebidos pelo ordenamento jurídico brasileiro

¹⁵⁹ Como registrado no capítulo 1, esse entendimento foi ressaltado mais de uma vez ao longo desses julgados. No Mandado de Segurança 25.116/DF, foi mencionado pelo Ministro Ayres Britto, relator, pelo Ministro Gilmar Mendes, que o acompanhou, e pelo Ministro Cezar Peluso, que concedia a segurança em maior extensão, além de contar com a aquiescência dos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Cármem Lúcia e Celso de Mello. No Mandado de Segurança n. 24.781/DF, foi novamente reforçado pelo Ministro Gilmar Mendes, em voto vista acolhido pelos Ministros Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia e, nesse ponto, pelo Ministro Cezar Peluso, que manteve seu posicionamento anterior, no sentido de conceder a segurança em maior extensão, para reconhecer a decadência.

¹⁶⁰ Esse argumento baseia-se no entendimento adotado no julgamento do Mandado de Segurança 24.268 e consubstanciado na Súmula Vinculante n. 3, tendo sido invocado nos Mandados de Segurança ns. 25.116/DF e 24.781/DF por quase todos os ministros em suas manifestações escritas ou orais.

¹⁶¹ Esse entendimento conta na parte final Súmula Vinculante n. 3, e também foi invocado nos Mandados de Segurança ns. 25.116/DF e 24.781/DF por quase todos os ministros. Apenas o Ministro Cezar Peluso, cujo voto foi acompanhado pelo Ministro Celso de Mello (no MS 25.116/DF, pois ele não estava presente no julgamento do MS 24.781/DF), foi contrário a essa tese, e defendeu que o TCU, ao apreciar concessões iniciais de aposentadorias e pensões, deveria, independentemente do tempo transcorrido desde a emissão do ato, assegurar o contraditório aos interessados que possam vir a ser afetados pela decisão.

vigente e pela doutrina contemporânea, na medida em que reconhece: a) o caráter amplo atribuído a essas garantias pela Constituição Federal; b) o dever da Administração de atuar processualmente sempre que a decisão a ser tomada puder interferir na esfera individual de direitos dos cidadãos; c) a submissão do processo administrativo a todas as garantias inerentes ao devido processo legal; d) a maior amplitude do conceito de partes no processo administrativo se comparado ao conceito tradicional do processo judicial.

No entanto, não se pode afirmar o mesmo em relação à segunda parte do entendimento, que restringe o alcance dessas garantias, negando aos beneficiários o direito ao prévio contraditório e à ampla defesa nos casos de apreciação de concessões iniciais pelo TCU. Essa restrição é contrária à proteção e à amplitude que, atualmente, o direito de defesa contempla no ordenamento jurídico brasileiro.

Independente de se considerar ou não que essas concessões são atos administrativos complexos – discussão que optamos por não enfrentar neste estudo, pelas razões expostas na introdução – o fato é que, na prática, a partir do momento em que o órgão da Administração pública concede a aposentadoria, reforma ou pensão, o servidor ou pensionista já passa a receber o benefício. Portanto, ainda que o ato não esteja perfeito e acabado, ele causa considerável impacto na esfera patrimonial do beneficiário, de forma que sua negativa de registro pelo TCU, com a conseqüente suspensão dos pagamentos dele decorrentes, inquestionavelmente afetará direitos e interesses subjetivos, alterando uma situação fática individual que goza de presunção de legalidade e legitimidade.

Diante disso, e considerando o caráter amplo que o constituinte outorgou ao contraditório e à ampla defesa – como afirmam não só a doutrina como o próprio STF – para prestigiar esses princípios, o melhor seria que os interessados fossem chamados para se manifestarem sobre a ilegalidade apontada nos próprios benefícios antes de o TCU negar-lhes registro.

Até porque, ao longo da presente pesquisa, não se encontrou, seja no magistério doutrinário seja na legislação brasileira, fundamento que justifique a restrição dessas garantias quando se tratar de decisão envolvendo atos administrativos inacabados. Pelo contrário, todos os posicionamentos doutrinários colhidos ao longo deste capítulo, apontam no sentido de que, em regra, quando o particular pleiteia algum direito em face da Administração, como ocorre no caso dos benefícios previdenciários estatutários, a apreciação do seu pedido deve se dar

por meio do devido processo administrativo, no qual lhe seja assegurado o pleno direito de participação.

Na mesma linha, a Lei n. 9.784/1999 dispõe que são legitimados como interessados para participar do processo administrativo, entre outras pessoas, aquelas que o iniciem como titulares de direitos individuais. Ora, não parece ser outra a situação dos servidores públicos e de seus dependentes que pleiteiam aposentadorias, reformas e pensões.

Diante disso, não se compreende como o fato de se tratar de ato complexo que ainda não se aperfeiçoou poderia servir de embasamento para negar ao interessado o direito de participar da relação processual administrativa. Ainda que se adote a premissa do ato complexo, não cabe negar o direito de participação aos interessados, dado o caráter processual da concessão, que passa por várias etapas (como o pleito do benefício pelo interessado, a verificação do preenchimento dos requisitos legais pela área competente da Administração, a emissão do ato pelo órgão de origem, a análise pelo controle interno, a apreciação pelo TCU e o correspondente registro). Esse caráter processual, por si só, já é motivo para que, existindo controvérsia sobre a legalidade do ato, haja a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, inerentes à própria ideia de processo.

E não se venha dizer que a possibilidade de participação na fase recursal, por meio da interposição de pedido de reexame (recurso previsto nos normativos internos do TCU),¹⁶² bastaria para que o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa fosse atendido.¹⁶³ Isso porque, como visto, o contraditório constitui uma garantia de não surpresa, de forma que o magistrado não deve aplicar a tutela sem prévio debate das questões controvertidas com os sujeitos interessados (NUNES, 2008, p. 159-160; OLIVEIRA, 1998, p. 8).

¹⁶² Sobre a processualística da apreciação de atos de pessoal no âmbito do TCU, ver o início do primeiro capítulo deste trabalho.

¹⁶³ Esse argumento, de que o direito de interpor recurso atende aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pode ser encontrado em julgados do TCU, a exemplo do que se verifica nos seguintes excertos: “7.4. Assim, por sua natureza, este Tribunal pode, e deve, em benefício da economia processual, dispensar-se de um formalismo rigoroso que, por via de consequência, o tornaria inoperante. Deve-se considerar, ainda, que, a *garantia de os responsáveis, interessados e terceiros, alcançados efetivamente pelas decisões deste Tribunal ingressem nos autos, em fase recursal, como no presente caso, lhes assegura, por força do efeito suspensivo, a ampla defesa e o contraditório, sendo irrelevante que se ofereça essa oportunidade num ou noutro momento*, desde que tal circunstância não implique, *a priori*, mora ou sucumbência. Assim, uma vez sanada a preliminar, passa-se ao exame de mérito da matéria” (Acórdão TCU n. 114/2005 – Segunda Câmara, Relator: Min. Ubiratan Aguiar, DOU 23/02/2005, trecho do Relatório, grifo nosso).

“5. Quanto às alegações de ambos os recorrentes no sentido de que ocorre a nulidade da deliberação recorrida ante a violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, *é farta a jurisprudência sustentando que tal princípio não é imprescindível ao TCU quando do exame da legalidade das concessões, uma vez que esse poderá ser satisfeito quando da fase recursal*” (Acórdão TCU n. 154/2010 – Segunda Câmara, Relator: Min. Aroldo Cedraz, DOU 29/01/2010, trecho do Relatório, grifo nosso).

Além disso, consoante afirma Dierle Nunes, a regra é o contraditório antecipado, pois ele possibilita o efetivo diálogo dos sujeitos processuais antes da decisão, permitindo que façam valer suas próprias razões em posição de igualdade. A ausência do contraditório preventivo é medida excepcional (NUNES, 2008, p. 157).

Finalmente, vale rememorar o magistério doutrinário de Bernardo Strobel Guimarães, no sentido de que a participação no processo administrativo, quando vinculada a algum direito subjetivo (como no caso), é assegurada ao particular como garantia de individual de participar na “condição de *parte necessária* a ser *ouvida previamente* acerca dos atos que repercutem sob sua esfera jurídica”, mediante processo permeado pela ampla defesa e pelo contraditório (GUIMARÃES, 2010, p. 95-96, grifo nosso).

A propósito, essa opinião encontra ressonância em estudos sobre o tema anteriores aos julgamentos objeto deste trabalho. Jardim, por exemplo, ressaltou que, no plano fático, os requisitos para a concessão (da aposentadoria, reforma ou pensão) são preenchidos pelo beneficiário do ato, não pela Administração, havendo, em primeiro plano, uma relação jurídica entre o interessado e o órgão que o remunera; em segundo plano, uma relação processual administrativa, ao longo de todo o arco do procedimento, entre o servidor e os órgãos administrativos que concretizam (ou não) seu direito subjetivo (JARDIM, 2006, p. 413).

Diante disso, e considerando que os bens jurídicos em voga são absolutamente relevantes para os indivíduos, concluiu que as circunstâncias envolvidas nesses casos certamente legitimariam a atuação concreta dos interessados desde o momento em que estiver configurada a possibilidade de recusa de registro do ato concessivo, ou seja, previamente à deliberação definitiva que possa causar prejuízo ao interessado no plano material (JARDIM, 2006, p. 413).

Esse, aliás, é também o posicionamento de Lucas Rocha Furtado, segundo o qual a argumentação do STF para não assegurar aos beneficiários das concessões de aposentadorias, reformas e pensões o direito ao contraditório é equivocada. Ressalta o autor que o próprio STF tem conferido interpretação extensiva ao devido processo legal, ao entender que qualquer decisão, judicial ou administrativa, que importe restrição ao exercício de direitos subjetivos, pressupõe o exercício do devido processo legal. Assim, tendo em vista que, no caso da aposentadoria, concedido o benefício pelo órgão de origem, o interessado já se encontra no

gozo do direito, considera questionável invocar o conceito de ato complexo para afastar o exercício do contraditório, pois a decisão do TCU que nega registro ao ato importa em restrição ao exercício de direito subjetivo (FURTADO, 2007, p. 1.137).

Assim, Furtado conclui que a tese mais consentânea com o ordenamento jurídico e com o princípio do devido processo legal é a que impõe ao TCU o dever de assegurar aos beneficiários das mencionadas concessões direito ao contraditório e à ampla defesa sempre que houver a possibilidade de impugnação do ato, independentemente do prazo decorrido entre a sua emissão e a decisão do TCU que lhe negar registro (FURTADO, 2007, p. 1.137).¹⁶⁴

Na mesma linha, foram as considerações do Ministro Cezar Peluso no julgamento dos precedentes examinados neste estudo. Ressaltou o Ministro Peluso que as concessões de aposentadorias, reformas e pensões são situações precárias, geradas pelo implemento do ato administrativo que, se complexo, é atípico, não se lhes podendo negar, dada a sua especial natureza alimentar, a incorporação dos benefícios ao modo de vida do aposentado ou pensionista, os quais passam a ostentar, desde logo, esse *status* e a projetar suas vidas no limite desse orçamento, recebido de boa-fé. Assim, concluiu que, considerando a eficácia imediata do ato, para lhe subtrair ou diminuir as vantagens, se impõe o respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa desde o início, não havendo razão para se diferir tais direitos para depois de passados cinco anos.¹⁶⁵

Voltando aos fundamentos dos Mandados de Segurança ns. 25.116/DF e 24.781/DF, verifica-se que, não obstante reafirmarem a jurisprudência segundo a qual a apreciação das concessões iniciais de benefícios previdenciários pelo TCU dispensa o contraditório, os Ministros argumentaram que a competência para fazer essa apreciação sem a necessidade da participação dos interessados deve ser exercida em um prazo razoável. Isso porque o transcurso do tempo aumenta a confiança no ato administrativo, o qual, por repercutir no campo de interesses individuais, não poderá mais ser invalidado de maneira unilateral.

Com base nesses argumentos, decidiram que passados cinco anos sem que a concessão tenha sido apreciada, o órgão de controle externo continua podendo apreciá-la, contudo deverá chamar os interessados para exercerem o contraditório e a ampla defesa. Prevaleceu,

¹⁶⁴ Nesse sentido, ver também Sandro Grangeiro Leite (2009) e Cláudio Marcelo Spalla Fajardo (2009, p. 301).

¹⁶⁵ MS 25.116, p. 209/210 e MS 24.781, p. 55, 56 e 61.

portanto, a tese segundo a qual a inércia da Corte de Contas por mais de cinco anos faz surgir para o interessado o direito subjetivo de ser notificado de todos os atos administrativos de conteúdo decisório e, dessa forma, de manifestar-se no processo e ter seus argumentos devidamente apreciados pelo TCU.¹⁶⁶

Novamente, o argumento utilizado pelo STF não atende ao real alcance das garantias do contraditório e da ampla defesa. Como dito, se a decisão do TCU afetar a esfera patrimonial do beneficiário, na medida em que acarretará a redução ou a cessação do pagamento de proventos ou de pensão, o contraditório e a ampla defesa deveriam ser assegurados ao interessado independentemente do prazo transcorrido desde a concessão.

Ademais, tratando-se de interesses individuais, o surgimento do direito ao contraditório está relacionado à origem da controvérsia que gera a necessidade de defesa do interesse subjetivo ameaçado, não à consolidação do exercício de determinado direito pelo transcurso do tempo. Até onde se tem notícia, não existe amparo nem na doutrina nem na legislação para que o seu nascimento ocorra em razão do decurso do tempo.

Em outras palavras, ou se entende que o indivíduo tem interesse subjetivo a ser defendido perante TCU, de forma que ele será parte legítima para intervir no processo e terá o direito de exercer o contraditório e a ampla defesa desde o momento em que surgir a possibilidade de impugnação do seu benefício previdenciário; ou se entende que não existe interesse subjetivo, hipótese na qual o transcurso do tempo não o fará surgir.

Nesse sentido, foram as considerações do Ministro Marco Aurélio no julgamento do MS 25.116. Posicionando-se contrariamente a tese vencedora, Marco Aurélio ressaltou essa contradição ao afirmar que o tempo não altera a natureza do ato administrativo, o qual, sendo considerado ato complexo, não deixaria de sê-lo após cinco anos. Enfatizou, ainda, que a passagem do tempo não poderia justificar o surgimento do direito subjetivo ao contraditório, o

¹⁶⁶ Esse entendimento foi proposto pelo Ministro Ayres Britto no julgamento do MS 25.116 e acolhido pelos Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, tendo sido reafirmado no julgamento do MS 24.781. Contrariamente, posicionaram-se os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie e Dias Toffoli, para os quais não se deveria excepcionar a parte final do entendimento consubstanciado na Súmula Vinculante n. 3, e os Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que propunham que o contraditório deveria ser observado independente do período transcorrido entre a concessão da aposentadoria ou pensão e a respectiva apreciação pelo TCU.

qual pressupõe a existência de litigantes e, por conseguinte, de uma lide, o que, no entendimento por ele adotado, não ocorre antes do registro dos atos em tela.¹⁶⁷

De fato, caso se parta da premissa de que a situação em exame não configura uma lide que justifique a abertura do contraditório desde o início, isso não mudará com o transcurso do tempo, o qual não fará surgir o litígio.

O Ministro Cezar Peluso, com posicionamento oposto ao do Ministro Marco Aurélio, também registrou essa incoerência, observando que, do ponto de vista do contraditório, não haveria diferença substantiva se o beneficiário estivesse a receber, mensal e regularmente, verba de natureza alimentar por três e não cinco anos, pois não lhe seria menos pungente o impacto negativo que a subtração ou diminuição dessa verba poderia lhe causar.¹⁶⁸

Outro ponto que cabe ressaltar é o fato de que quanto maior for o tempo transcorrido entre os atos questionados e o chamamento do interessado para exercer o contraditório, menores serão suas condições de reunir elementos para defender a legalidade do ato concessório. Nessa linha, cabe lembrar o magistério doutrinário de Vallisney de Souza Oliveira, ao afirmar que atraso excessivo na investigação da autoria de um crime (raciocínio que se aplica à apuração de qualquer fato), configura patente agressão à ampla defesa do cidadão, pois contribui, por exemplo, para o desaparecimento de provas e para o esquecimento de fatos pelas testemunhas (OLIVEIRA, V., 2008, p. 29-30).

Esse é mais um motivo pelo qual o entendimento em questão não se amolda ao alcance dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Como visto ao longo deste estudo, esses princípios garantem a efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o processo, mediante a possibilidade de influírem ativamente no seu desenvolvimento. O reconhecimento do direito ao contraditório apenas após o prazo de cinco anos vai contra essa concepção, pois dificulta o real poder de influência do interessado no resultado final do processo.

Não se perca de vista que, como decidido no julgamento do MS 24.781/DF, os cinco anos em questão são contados da data da entrada do ato no TCU, de forma que o período entre

¹⁶⁷ Debates orais registrados no Acórdão (p. 249/251).

¹⁶⁸ MS 25.116 (p. 210).

os fatos questionados (ocorridos na época da emissão do ato ou até mesmo antes)¹⁶⁹ e o exercício do direito de defesa tende a ser muito maior.

Por isso, sob o ponto de vista da aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, considera-se equivocado o marco temporal fixado para o início da contagem do prazo de cinco anos, na medida em que, conforme explicitado, contribui para obstaculizar o direito de defesa dos interessados.

3.2.2 Quanto à aplicação do princípio da razoável duração do processo

No que diz respeito à razoável duração do processo, os ministros argumentaram que a competência do TCU para apreciar atos concessivos de benefícios previdenciários estatutários deve ser exercida em um prazo razoável, para que o transcurso do tempo não opere como fator de instabilidade social. Com relação ao que seria um prazo razoável para a atuação do órgão de controle, recorreram a diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais,¹⁷⁰ os quais utilizam o referencial de cinco anos, prazo geral para as pretensões de invalidação da Administração Pública, que consideraram aplicável ao caso por analogia. Com base nisso, decidiram que, se o TCU demorar mais de cinco anos para apreciar essas concessões, deverá, em caso de impugnação do ato, chamar os interessados para exercerem o contraditório e a ampla defesa.¹⁷¹

¹⁶⁹ É comum, por exemplo, que a ilegalidade apontada no ato pelo TCU decorra da averbação de determinado tempo de serviço prestado muitos anos antes da emissão do ato concessivo, como ocorreu no caso objeto do Mandado de Segurança 25.116/DF. A aposentadoria havia sido concedida pela Administração do IBGE em 16 de dezembro de 1998, mas foi considerada ilegal em razão do cômputo indevido do tempo de serviço referente a atividades exercidas pelo interessado entre os anos de 1970 e 1973, o qual fora prestado sem contrato formal e sem o recolhimento das correspondentes contribuições previdenciárias. Nesse caso, para defender a legalidade do benefício, o aposentado teria de produzir provas sobre fatos ocorridos entre 1970 e 1973, ou seja, mais de trinta anos antes da apreciação pelo TCU, que ocorreu em 2004.

¹⁷⁰ À guisa de exemplo, corroborando esse referencial de cinco anos, o Ministro Ayres Britto colacionou os seguintes dispositivos normativos que o adotam: art. 54 da Lei 9.784/1999 (prazo decadencial para a Administração Pública invalidar os próprios atos), arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional (prescrição e decadência do crédito tributário), art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 (estabilidade dos servidores admitidos antes da Constituição de 1988 sem concurso público), arts. 183 e 191 da Constituição Federal de 1988 (usucapião extraordinária), e art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988 (prescrição dos créditos trabalhistas) (fls. 126-129 dos autos).

¹⁷¹ Esse entendimento foi proposto pelo Ministro Ayres Britto no julgamento do MS 25.116 e acolhido pelos Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, tendo sido reafirmado no julgamento do MS 24.781. Contrariamente, posicionaram-se os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie e Dias Toffoli, para os quais não se deveria excepcionar a parte final do entendimento

Com relação ao entendimento de que o procedimento administrativo realizado pelo TCU deve respeitar o princípio da razoável duração do processo, não merece reparos à decisão do STF, pois, como foi visto no decorrer deste trabalho, além da esfera judicial, esse preceito se aplica ao âmbito administrativo, englobando as atividades administrativas exercidas em todos os poderes e esferas de governo.

Considera-se questionável, todavia, a fixação do prazo de cinco anos da forma que foi feita. Embora o referencial de cinco anos em si seja razoável, parece problemática a postura do STF de estabelecer, em caráter abstrato, um prazo para a atuação do órgão de controle sem lei que o preveja. Ora, se, como afirmam os ministros baseados na premissa do ato complexo, a situação não se sujeita à regra da decadência administrativa – hipótese na qual o prazo razoável está preestabelecido pelo legislador, que já fez a ponderação entre os princípios jurídicos envolvidos –, caberia ao julgador, diante das circunstâncias fáticas de cada caso concreto, realizar a ponderação e verificar se a demora do TCU é ou não razoável. Ao invés disso, o STF “criou” uma norma geral e abstrata não prevista no direito positivo brasileiro, conforme evidencia a seguinte passagem do voto do Ministro Ayres Britto:

(...) do exame do ordenamento jurídico brasileiro em sua inteireza é possível concluir pela existência de uma norma que bem se aplica aos processos de contas. Que norma? Essa que assegura ao interessado o direito líquido e certo de exercitar as garantias do contraditório e da ampla defesa, *sempre que uma dada Corte de Contas deixar de apreciar a legalidade de um ato de concessão de pensão, aposentadoria ou reforma fora do multicitado prazo de cinco anos* (fls. 129-130 do Mandado de Segurança n. 25.116/DF, grifo nosso).

Nesse sentido, vale lembrar as lições de José Rogério Cruz e Tucci no sentido de que a violação da razoável duração do processo deve ser aferida diante de cada caso concreto, pois o conceito de *dilações indevidas* é aberto e indeterminado (TUCCI, 1997, p. 67-68).

Outro ponto discutível, também sob o aspecto da razoável duração do processo, diz respeito ao marco temporal fixado para o início da contagem do prazo. Ao utilizar como termo *a quo* a data da chegada do ato ao TCU – não a data da sua emissão ou publicação pelo órgão de origem – o STF transferiu para o administrado, que não exerce qualquer influência sobre esse evento, o ônus pela possível ineficiência da Administração Pública.

consubstanciado na Súmula Vinculante n. 3, e os Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que propunham que o contraditório deveria ser observado independente do período transcorrido entre a concessão da aposentadoria ou pensão e a respectiva apreciação pelo TCU.

Essa transferência de responsabilidade contraria o princípio da razoável duração do processo, pois uma das consequências da inclusão desse preceito em nosso ordenamento jurídico é a de proteger o cidadão para que ele não sofra prejuízos pela ineficiência da atuação estatal. Uma vez que é dever do Estado aparelhar seus órgãos e adotar as medidas necessárias para que a atividade jurisdicional seja prestada de forma rápida e eficaz, caso não haja o cumprimento dessa obrigação, então o próprio Estado deveria arcar com as consequências do seu funcionamento insatisfatório, não o administrado (OLIVEIRA, V., 2008, p. 27-36).

Conforme leciona Odete Medauar, o princípio exige a busca de um estado de fato no qual haja maior aceleração da tomada de decisões pela Administração Pública, que fica obrigada a adotar medidas adequadas, de natureza orgânica e funcional, para o atendimento desse fim (MEDAUAR, 2010, p. 100-103). Caberia ao TCU, portanto, tomar providências para exigir que os órgãos e entidades da Administração Pública lhe encaminhem os atos tempestivamente, não se podendo transferir tal responsabilidade para os administrados.

Para isso, o TCU dispõe de diversos mecanismos, como o poder de fiscalizar todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal;¹⁷² de expedir atos normativos sobre a tramitação dos processos que lhe devam ser submetidos, exigindo seu cumprimento, sob pena de responsabilização da autoridade competente;¹⁷³ e de aplicar penalidades aos agentes públicos.¹⁷⁴ Especificamente no que diz respeito aos processos de controle externo dos atos de pessoal, até já existe normativo editado pelo órgão (Instrução Normativa/TCU n. 55/2007), que estabelece prazos, cujo descumprimento pode ensejar a aplicação de sanções ao

¹⁷² Acerca da jurisdição do TCU, a Lei n. 8.443/1992 dispõe:

“Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assumia obrigações de natureza pecuniária;”

Por sua vez, o art. 1º da mesma norma, prevê:

“Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;”

¹⁷³ “Art. 3º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, 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 responsabilidade” (Lei n. 8.443/1992).

¹⁷⁴ “Art. 56. O Tribunal de Contas da União poderá aplicar aos administradores ou responsáveis, na forma prevista nesta Lei e no seu Regimento Interno, as sanções previstas neste capítulo” (Lei n. 8.443/1992).

responsável, para o ato ser cadastrado no Sistema de Avaliação e Registro dos Atos de Admissão e Concessões (Sisac) e disponibilizado ao TCU.¹⁷⁵

Por fim, cabe enfrentar, sob o prisma da razoável duração do processo, a questão que constitui o principal problema deste trabalho: saber se a solução adotada pelo STF – de, uma vez extrapolado o prazo razoável de duração do processo, determinar que o órgão chame os interessados para participarem da relação processual – é adequada para concretizar esse princípio.

Mais uma vez, parece-nos que a decisão do STF foi equivocada. Primeiro porque, muitos dos argumentos utilizados para garantir o contraditório e a ampla defesa, especialmente os relativos aos efeitos do decurso do tempo sobre a situação fática, apontam para necessidade de se estabelecer algum limite temporal para atuação do TCU. No entanto, a solução adotada não impõe esse limite.

O chamamento do particular, que já recebe o benefício previdenciário há mais de cinco anos, para participar do processo administrativo por meio do qual o TCU aprecia seu ato de aposentadoria, reforma ou pensão, não porá fim ao processo nem terá o efeito de estabilizar a situação do interessado, cuja aparência de legitimidade e legalidade consolidou-se pela passagem do tempo.

A situação do administrado continua por prazo indeterminado a mercê do risco de ser considerada ilegal pelo TCU. A diferença é que, com o novo entendimento, caso o TCU demore a exercer sua competência constitucional, o indivíduo terá o direito ao contraditório e à ampla defesa. Garantias que, diga-se de passagem, lhe deveriam ser asseguradas a qualquer tempo e cujo exercício tende a ser prejudicado pela passagem do tempo.

¹⁷⁵ “Art. 7º As informações pertinentes aos atos de admissão e concessão deverão ser cadastradas no Sisac e disponibilizadas para o respectivo órgão de controle interno no prazo de 60 (sessenta) dias, contados: I – da data de sua publicação ou, em sendo esta dispensada, da data de assinatura do ato; II – da data do efetivo exercício do interessado, nos casos de admissão de pessoal; III – da data do apostilamento, no caso de alteração. (...) § 2º O descumprimento dos prazos previstos neste artigo sujeitará o responsável às sanções previstas na Lei nº 8.443/92.”

“Art. 11 O órgão de controle interno deverá emitir parecer quanto à legalidade dos atos de admissão e de concessão cadastrados pelos órgãos de pessoal a ele vinculados. § 1º O parecer do órgão de controle interno e os respectivos atos de admissão e de concessão deverão ser colocados à disposição do Tribunal no Sisac no prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar do cadastramento dos atos. § 2º No exame dos atos sujeitos a registro, o órgão de controle interno deverá cotejar os dados previamente cadastrados no Sisac pelo órgão de pessoal com aqueles constantes dos respectivos processos. § 3º O descumprimento dos prazos previstos neste artigo poderá ensejar aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/92 ao responsável”

Por tudo isso, considera-se não só mais coerente com a própria fundamentação dos julgados como também mais consentânea com o ordenamento jurídico vigente a tese defendida pelo Ministro Peluso, no sentido de estabelecer um limite temporal para que o TCU aprecie essas concessões. Para isso, o STF poderia se valer da aplicação da regra da decadência administrativa, prevista no art. 54 da Lei n. 9.784/1999, hipótese na qual talvez fosse preciso rever a premissa do ato complexo; ou da ponderação dos princípios jurídicos envolvidos (legalidade, proteção da confiança e razoável duração do processo, entre outros), verificando, diante do caso concreto, se a demora foi razoável ou não.

Seja qual for o caminho escolhido, o fato é que, uma vez extrapolado o tempo razoável para que o TCU aprecie essas concessões, não parece haver alternativa que efetivamente concretize a razoável duração do processo e, por conseguinte, também a segurança jurídica, senão reconhecer a intangibilidade da situação do administrado. Admitir o contrário é aceitar que o cidadão fique eternamente sob a ameaça de ter seu benefício previdenciário – benefício este concedido por ato emanado do Poder Público, de cuja constituição, em regra, não participou, e que goza de presunção de legalidade e legitimidade – cancelado ou reduzido pelo mesmo Estado que o concedeu.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo verificar em que medida e sob que aspectos a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 25.116/DF e 24.781/DF efetivamente vai, ou não, ao encontro dos princípios constitucionais invocados para fundamentá-la (segurança jurídica, contraditório, ampla defesa e razoável duração do processo).

Ao apreciar esses *mandamus*, o STF aplicou os referidos princípios para invalidar decisões do TCU que consideraram ilegais benefícios previdenciários estatutários concedidos há mais de cinco anos pela Administração Pública Federal.

Revedo sua jurisprudência até então dominante sobre o tema, o STF adotou o entendimento segundo o qual o interessado passa a ter direito de exercer o contraditório e a ampla defesa no processo de controle externo por meio do qual o TCU aprecia a legalidade da

sua aposentadoria, reforma ou pensão, sempre que a Corte de Contas, após receber o correspondente ato de concessão inicial, demorar mais de cinco anos para examiná-lo.

A análise dos argumentos jurídicos e dos fundamentos normativos utilizados pelos magistrados nos referidos precedentes judiciais revela que, por si só, esses elementos não são suficientes para justificar a decisão do STF, por não convencerem que a solução adotada é coerente, razoável e conforme o Direito em vigor.

Toda a argumentação desenvolvida em torno da segurança jurídica, especialmente no que diz respeito à sua vertente subjetiva (princípio da proteção da confiança), é no sentido de afirmar que a aplicação desse princípio deveria ensejar a preservação da situação jurídica do indivíduo quando o poder anulatório não for exercido em tempo razoável pelo Poder público.

Ocorre que, ao invés de determinar a manutenção do benefício previdenciário dos impetrantes, o STF, sem esclarecer os motivos de sua escolha, decidiu que o TCU poderia rever os atos concessivos, desde que assegurasse previamente aos interessados o direito de exercerem o contraditório e a ampla defesa.

Os fundamentos dos julgados não explicam de que forma o princípio da segurança jurídica faria surgir para o interessado, depois de determinado prazo, o direito subjetivo ao contraditório e à ampla defesa. Eles não estabelecem ligação alguma entre a segurança jurídica e essas garantias processuais, tampouco esclarecem em que medida o direito de exercê-las preservaria a confiança depositada pelo particular no ato emanado do Poder Público.

Outra incoerência observada diz respeito ao termo *a quo* fixado para o início da contagem do prazo de cinco anos, o qual não se compatibiliza com a fundamentação das decisões. Segundo os argumentos da tese vencedora, a mudança de entendimento do STF teve por objetivo preservar a confiança que os indivíduos depositam nos atos do Poder Público, dotados de presunção de legalidade e de legitimidade, que se estabilizaram pelo decurso do tempo. No entanto, a adoção da data da chegada do ato no TCU como marco temporal não se amolda a esse objetivo, pois desconsidera o fato de que esse evento sequer é levado ao conhecimento do indivíduo, não influenciando nem a estabilização da sua situação jurídica nem a confiança que ele deposita no ato administrativo.

A despeito da insuficiência dos fundamentos dos julgados para explicar a solução adotada pelo STF em relação aos aspectos acima mencionados, verifica-se que, quanto à aplicação do princípio da segurança jurídica, essas questões, ao menos em parte, são esclarecidas pelo magistério doutrinário de Humberto Ávila.

Conforme explica Ávila, a segurança jurídica em sentido amplo, a qual engloba a segurança jurídica em sentido objetivo e a proteção da confiança, possui elevado grau de abstração em razão da sua pluralidade semântica e assume diferentes funções dependendo do contexto em que está inserida, podendo ser examinada em vários aspectos, dimensões e perspectivas.

Ciente dessas características, Ávila rompe com o modo tradicional de análise da segurança jurídica (cético, parcial e vago) em favor da apresentação da segurança jurídica em toda a sua arquitetura, procurando tratar dos diversos significados com os quais ela pode ser empregada e das perspectivas sob as quais pode ser examinada.

Devido a essa abordagem ampla e sistematizada do princípio, a obra de Ávila fornece subsídios de grande utilidade para a compreensão dos questionamentos suscitados neste trabalho, pois é capaz de esclarecer a ligação entre a segurança jurídica, o decurso de tempo e as garantias processuais do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo.

Segundo Humberto Ávila, a função normativa da segurança jurídica é relativa, pois, dependendo da perspectiva por meio da qual é analisada, ela pode assumir tanto o papel de princípio, como de sobreprincípio ou de subprincípio. Quando se relaciona com os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo, ela assume a função de sobreprincípio, pois atua como fim maior cujo alcance pressupõe, entre outros fatores, o respeito a esses princípios (que determinam a realização de fins mais restritos).

Assim, a partir do magistério doutrinário de Humberto Ávila, é possível afirmar que na situação concreta em exame a segurança jurídica assumiu primordialmente a dimensão de sobreprincípio. Ou seja, ela atuou como um fim mais amplo a ser alcançado pela concretização de outros princípios (no caso, os princípios processuais do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo), sem os quais não é possível haver confiabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade no Direito.

Isso porque, ao decidir que o TCU, em respeito à segurança jurídica, deve garantir ao interessado o exercício do contraditório e da ampla defesa sempre que o processo administrativo instaurado para apreciar seu benefício previdenciário extrapolar um prazo razoável (fixado em cinco anos), o STF utilizou essas garantias processuais como meio para a realização da segurança jurídica. Sob esse aspecto, portanto, a concepção de segurança jurídica adotada pelo STF é corroborada pela teoria de Humberto Ávila.

Como consequência, considera-se confirmada a primeira hipótese da presente pesquisa, segundo a qual o contraditório, a ampla defesa, e a razoável duração do processo são princípios cuja aplicação contribui para a realização do princípio da segurança jurídica. Assim, em uma análise abstrata, o direito ao exercício dessas garantias pode ser considerado meio, não só adequado, como necessário, para a realização da segurança jurídica.

Todavia, isso não é suficiente para evidenciar que a solução adotada pelo STF é adequada para promover a segurança jurídica, pois, para isso, é preciso verificar se os referidos princípios processuais foram devidamente tutelados.

Com relação ao contraditório e à ampla defesa, observou-se que, em consonância com os posicionamentos doutrinários colhidos ao longo deste estudo, os ministros afirmam nos julgados examinados que a Constituição Federal de 1988 ampliou o direito de defesa, de modo que este passou a contemplar todos os processos judiciais e administrativos e não se resume ao simples direito de manifestação nos autos, mas envolve também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador.

Também na linha do magistério doutrinário sobre o tema, os julgadores entendem que o vocábulo “litigante” contido no texto constitucional deve ser compreendido em sentido amplo, ou seja, quando estiverem envolvidos interesses contrapostos, não se limitando ao sentido processual de parte, a pressupor um conflito de interesses constante de processo judicial. Por isso, o princípio também se aplica a todo procedimento administrativo em que o patrimônio do administrado possa vir a ser, de qualquer modo, atingido.

Nesse ponto, verifica-se que a fundamentação dos precedentes judiciais objeto deste trabalho prestigia os princípios do contraditório e da ampla defesa tal qual são concebidos pelo Direito brasileiro e pela doutrina contemporânea, na medida em que reconhece: a) o caráter amplo atribuído a essas garantias pela Constituição Federal de 1988; b) o dever da

Administração de atuar processualmente sempre que a decisão a ser tomada puder interferir na esfera individual de direitos dos cidadãos; c) a submissão do processo administrativo a todas as garantias inerentes ao devido processo legal; d) a maior amplitude do conceito de partes no processo administrativo se comparado ao conceito tradicional do processo judicial.

Contudo, indo de encontro com a amplitude que, atualmente, o direito de defesa contempla no ordenamento jurídico vigente, o STF invoca o conceito de ato complexo para afastar a incidência do contraditório e da ampla defesa nos processos que tratam de concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões.

Uma vez que a concessão de benefícios previdenciários produz efeitos desde a sua emissão pelo órgão de origem, e que, por conseguinte, a negativa de registro aos correspondentes atos pelo TCU importa em restrição patrimonial aos beneficiários, para prestigiar esses princípios, o ideal seria que os interessados fossem chamados a participar da relação processual, mesmo tratando-se de concessões iniciais.

Até porque, ao longo da presente pesquisa, não se encontrou, seja no magistério doutrinário seja na legislação brasileira, fundamento que justifique a restrição dessas garantias quando se tratar de decisão envolvendo atos administrativos inacabados. Pelo contrário, todas as informações colhidas neste estudo apontam no sentido de que, em regra, quando o particular pleiteia algum direito em face da Administração, como ocorre no caso dos benefícios previdenciários estatutários, a apreciação do seu pedido deve se dar por meio do devido processo administrativo, no qual lhe seja assegurado o pleno direito de participação.

Ainda que se adote a premissa do ato complexo, não cabe negar esse direito aos interessados. Dado o caráter processual da concessão, existindo controvérsia sobre a legalidade do ato, dever haver incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, inerentes à própria ideia de processo.

Também não atende ao real alcance desses princípios o entendimento de que a inércia da Corte de Contas por mais de cinco anos faz surgir para o interessado o direito subjetivo de participar do processo perante o TCU. Primeiro porque, como se observou, o contraditório e a ampla defesa deveriam ser garantidos ao interessado independentemente do tempo transcorrido desde a sua aposentadoria, reforma ou pensão.

Segundo porque a passagem do tempo não altera a natureza do ato administrativo nem faz surgir o direito subjetivo ao exercício do contraditório e da ampla defesa, o qual, se inexistente no momento da concessão, não surgirá após cinco anos. Tratando-se de interesses individuais, o direito de participar da relação processual está relacionado à origem da controvérsia que gera a necessidade de defesa do interesse subjetivo ameaçado, não à consolidação do exercício de determinado direito pelo transcurso do tempo.

E terceiro porque, quanto maior for o tempo transcorrido entre os atos questionados e o chamamento do interessado para exercer o contraditório e a ampla defesa, menores serão suas condições de reunir elementos para defender a legalidade do ato concessório. Assim, o reconhecimento do direito de participar da relação processual, apenas após o transcurso de cinco anos dificulta o real poder de influência do interessado no resultado final do processo, contrariando a ideia do contraditório.

Dessa forma, pode-se afirmar que, no tocante ao contraditório e à ampla defesa, os argumentos que embasaram a tese vencedora no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 25.116/DF e 24.781/DF coincidem, em parte, com as opiniões doutrinárias e com os fundamentos normativos colhidos ao longo deste estudo sobre os aludidos princípios. Contudo, o entendimento neles firmado, embora represente uma evolução em relação à jurisprudência anterior, na medida em que amplia o direito de participação do interessado, ainda não atende ao alcance dessas garantias processuais na sua atual concepção e com a amplitude que lhes foi conferida pela Constituição Federal de 1988.

Quanto à razoável duração do processo, os ministros argumentaram que a competência do TCU para apreciar atos concessivos de benefícios previdenciários estatutários deve ser exercida em prazo razoável, para que o transcurso do tempo não opere como fator de instabilidade social. Sob esse aspecto, a fundamentação da decisão está alinhada ao magistério doutrinário sobre o tema e ao ordenamento normativo vigente, pois, como foi visto no decorrer deste trabalho, além da esfera judicial, esse preceito se aplica às atividades administrativas exercidas em todos os poderes e esferas de governo.

Todavia, embora o referencial de cinco anos em si seja razoável, parece problemática a postura do STF de estabelecer, em caráter abstrato, um prazo para a atuação do órgão de controle sem lei que o preveja. Ora, se a situação não se sujeita à regra da decadência administrativa, como afirmam os ministros baseados na premissa do ato complexo, caberia ao

juiz, diante das circunstâncias fáticas de cada caso concreto, realizar a ponderação e verificar se a demora da Administração é ou não razoável. Ao invés disso, o STF “criou” uma norma geral e abstrata não prevista no Direito positivo brasileiro.

Outro ponto discutível pelo ponto de vista da razoável duração do processo diz respeito ao marco temporal fixado para o início da contagem do prazo. Ao utilizar como termo *a quo* a data da chegada do ato ao TCU o STF transferiu para o administrado, que não exerce qualquer influência sobre esse evento, o ônus pela possível ineficiência da Administração Pública.

Isso contraria o princípio da razoável duração do processo, pois uma das consequências da inclusão desse preceito em nosso ordenamento jurídico é a de proteger o cidadão para que ele não sofra prejuízos pela ineficiência da atuação estatal. Caberia ao TCU, valendo-se dos diversos mecanismos que possui, tomar providências para exigir que os órgãos e entidades da Administração Pública lhe encaminhem os atos tempestivamente, não se podendo passar esse ônus para os administrados.

Verificou-se, ainda, que a solução adotada pelo STF não é adequada para tutelar o princípio da razoável duração do processo por não por fim à relação processual. Muitos dos argumentos dos julgados, especialmente os relativos aos efeitos do decurso do tempo sobre a situação fática do particular, apontam para necessidade de se estabelecer algum limite temporal para atuação do TCU. No entanto, a solução adotada não impõe esse limite.

Como defendeu o Ministro Peluso e na linha dos posicionamentos doutrinários colhidos neste estudo, o poder de invalidação dos atos gravosos está predisposto à realização de um fim público imediato (reconduzir a atuação da Administração à esfera da legalidade), o qual não é absoluto nem superior a outros interesses sociais específicos que compõem a ordem jurídica e também devem nortear o comportamento da Administração Pública. Assim, a invalidação do ato viciado só deve ocorrer quando esta solução for a que melhor concretize os valores consagrados no texto constitucional.

No caso, considerando tratar-se de ato emanado do Poder Público, de cuja constituição, em regra, não participa o seu beneficiário, que produz sérias consequências na vida do particular e que goza de presunção de legalidade e legitimidade, entende-se que deve haver

um prazo limite para a apreciação desse ato. Não pode o particular ficar por período de tempo indeterminado sob a ameaça de ter seu benefício previdenciário cessado ou reduzido.

O chamamento do particular, quando extrapolado o prazo de cinco anos, para participar do processo administrativo por meio do qual o TCU aprecia seu ato de aposentadoria, reforma ou pensão, não porá fim ao processo nem terá o efeito de estabilizar a situação do interessado, cuja aparência de legitimidade e legalidade consolidou-se pela passagem do tempo.

Por tudo que foi dito, não nos parece que a decisão do STF no julgamento dos Mandados de Segurança ns. 25.116/DF e 24.781/DF tenha realmente contribuído para a realização do princípio da segurança jurídica. É verdade que a ampla defesa, o contraditório e a razoável duração do processo são meios de se garantir a segurança jurídica, por contribuírem que a aplicação das normas seja feita de forma segura.

No entanto, para realização do princípio da segurança jurídica, a apreciação dessas concessões pelo TCU deve ser realizada por meio de um devido processo legal, que assegure aos interessados o pleno exercício das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Além disso, deve haver um limite temporal para a atuação do TCU, pois, em um Estado Democrático de Direito, não é razoável que esses atos, que já produzem efeitos financeiros desde a sua emissão pelo órgão de origem, possam, a qualquer momento, ser considerados inválidos pelo Poder Público.

Com isso, considera-se confirmada, a segunda hipótese que orientou a presente pesquisa: de que a fixação de um prazo a partir do qual “nasce o direito ao contraditório e a ampla defesa” não se coaduna com os princípios do contraditório, da ampla defesa e da razoável duração do processo e, como consequência, a tese do STF termina por não atender ao princípio da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

Doutrinas

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de; Medeiros, Paulo Henrique Ramos. *A Administração Pública sob a Perspectiva do Controle Externo*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Súmula, jurisprudência e precedente: uma escala e seus riscos*. Temas de Direito Processual - 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coord.). *Estudos de direito processual constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARRETO, Helena Guimarães. Duração razoável do processo e celeridade processual: uma análise crítica do rito sumaríssimo na justiça do trabalho. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CARVALHO, André Luis de. Súmula Vinculante n.º 3 do STF: considerações e alcance. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 41, maio, 2007. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_juridica&revista_edicoes=27>. acesso em: 5 junho 2012.

CARVALHO, Carlos Eduardo A. Fundamentação racional das decisões jurídicas. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

_____. Konrad Hesse/Peter Haberle: um retorno aos fatores reais de poder. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, ano 25, n. 138, abril/junho, 1998.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, v. 27, n. 57, p. 11-31, 2004. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul, 2004.

_____. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, v. 27, n. 57, p. 111-121, 2004. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul, 2004.

_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 5 maio 2012.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa vista sob um olhar constitucional processual. In: SALMEIRÃO, Antonio Marcos Guerreiro; BOCCHINO, Leslie de Oliveira (Org.). *Temas atuais de Direito Público*. Curitiba: UTFPR, 2007.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. *Revista de Processo*, v. 128, p. 164, out. 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais Online. 2005.

FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla. Súmula vinculante nº 03 do STF: uma abordagem crítica sobre as garantias da ampla defesa e do contraditório nos processos perante o Tribunal de Contas da União. In: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). *Direito processual: fundamentos constitucionais*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2009.

FRANÇA, Vladmir da Rocha. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da administração pública federal. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). *Devido processo legal na administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, v. 1, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatski, 1975.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A participação no processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIARATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HECK, Philipp. *El problema de la creación del Derecho*. Granada: Comares, 1999.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

JARDIM, Carlos Henrique Caldeira. A incidência da ampla defesa e do contraditório em processos de apreciação de atos de pessoal. In: SOUSA JÚNIOR, Jose Geraldo de (Org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

LEITE, Sandro Grangeiro. *Análise da compatibilidade entre o conceito de ato administrativo complexo e os contornos jurídicos dados pelo STF ao registro do ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão*. Monografia apresentada no Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito para especialização. Disponível na Biblioteca Ministro Ruben Rosa. Brasília, DF, 2009.

LIMA, Carolina Caiado. Por uma lei de processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIARATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Juliano Vitor. Do princípio do devido processo legal. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de Supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v.57, n. 379, p.11-27, mai. 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Ato Administrativo Complexo*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/110406j.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2013.

MARTINS, Gilberto de Andrade. *Estudo de Caso: Uma Estratégia de Pesquisa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O princípio da razoável duração do processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIARATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 80-97, 2010

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O novo paradigma do direito – introdução à teoria e metódica estruturantes*. Trad. de Ana Paula Barbosa-Fohrmann, Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Galdes Ferreira. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 9, n. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

_____. *A Garantia do Contraditório*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 1998, Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 30.8.2012.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005, v. I, tomo II. Ajuris. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 1, 2008, Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/66/67>>. Acesso em: 29 jan. 2014.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O direito à razoável duração do processo após a Emenda Constitucional n. 45/2004. In: _____. (Coord.). *Constituição e Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Ana Paula Sampaio Silva. A segurança jurídica administrativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma análise acerca dos fundamentos normativos e dos argumentos jurídicos nos julgamentos dos Mandados de segurança ns. 24.781 e 25.116. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 2. Brasília: Uniceub, 2013.

_____. Súmula vinculante e segurança jurídica: uma análise do caso da Súmula Vinculante nº 3. *Jus Navigandi*, 2014. Disponível em:< <http://jus.com.br/artigos/29319/sumula-vinculante-e-seguranca-juridica>>. Acesso em: 8 jun. 2014.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupí. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PONDÉ, Lafayette. Controle dos atos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1998.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 57, out/dez, 2006.

SCHIARATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado Democrático de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIARATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 9-51, 2010.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. *As várias faces do contraditório no processo administrativo*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIARATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TEIXEIRA, Flavio Germano de Sena. *O controle das aposentadorias pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Forum, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, v. 168, Fev., 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no Direito Processual Civil*. Revista dos Tribunais, n. 665. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 15.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TROPER, Michel. *A Filosofia do Direito*. Trad. Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

Normativas

BRASIL, *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. acesso em: 30 jun. 2014.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. acesso em: 30 jun. 2014.

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. acesso em: 30 jun. 2014>. acesso em: 30 jun. 2014.

_____. Lei n. 5.172, de 25 de outubro 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. acesso em: 30 jun. 2014.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. acesso em: 30 jun. 2014.

_____. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro 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 jun. 2014.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. acesso em: 30 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Resolução-TCU n. 246, de 30 de novembro de 2011. Brasília: TCU, 2011. Disponível em: < <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/regimentos/regimento.pdf>>. acesso em: 30 jun. 2014.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Roma, 4 nov. de 1950. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. acesso em: 30 jun. 2014.

Jurisprudenciais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 28.711/DF*. Agravante: Salomão Francisco Amaral. Agravado: Tribunal de Contas da União.

Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 24 set. 2012. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2812518>>. acesso em: 22 mar. 2013.

_____. *Agravo Regimental na Suspensão da Segurança n. 514/AM*. Agravantes: Lenise de Barros Lins, Shirley Maria de Barros Lins e Rubem Ferreira Marques. Agravados: Procurador-Geral da República e Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília, DF, 3 dez. 1993. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345940>>. acesso em: 21 mai. 2014.

_____. *Enunciado Vinculante n. 3 da Súmula de Jurisprudência*. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. acesso em: 22 mar. 2013.

_____. *Recurso de Mandado de Segurança n. 9.631/PR*. Recorrente: Hugo Vieira. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Min. Cândido Mota Filho. Brasília, DF, 21 de mai. 1962. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=108930>>. acesso em: 21 mai. 2014.

_____. *Mandado de Segurança n. 19.861/DF*. Impetrante: Nicolau Nejtailenco e Outros. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Djaci Falcão. Relator para Acórdão: Min. Carlos Thompson Flores. Brasília, DF, 31 mar. 1971. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84794>>. acesso em: 21 mai. 2014.

_____. *Mandado de Segurança n. 23.550/DF*. Impetrante: Poli Engenharia Ltda.. Impetrados: Presidente do Tribunal de Contas da União e Secretário Adjunto de Administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 31 out. 2001. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85979>>. acesso em: 25 abr. 2014.

_____. *Mandado de Segurança n. 24.268/MG*. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Mina. Ellen Gracie. Brasília, DF, 17 set. 2004. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>. acesso em: 21 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 24.728/RJ*. Impetrante: Rosemeri Bento da Costa. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 9 set. 2005. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86175>>. acesso em: 25 abr. 2014.

_____. *Mandado de Segurança n. 24.742/DF*. Impetrante: Sonia Irsai Azevedo. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 mar. 2005, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86178>>. acesso em: 25 abr. 2014.

_____. *Mandado de Segurança n. 24.754/DF*. Impetrante: Evandro das Neves Carreira. Impetrado: 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 18 fev. 2005, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86182>>. acesso em: 25 abr. 2014.

_____. *Mandado de Segurança n. 24.781/DF*. Impetrante: Mazureik Miguel de Moraes. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Mina. Ellen Gracie. Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 9 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623956>>. acesso em: 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 24.784/DF*. Impetrante: Fábio Abrantes de Oliveira. Impetrado: Presidente da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Carlos Veloso. Brasília, DF, 25 jun. 2004, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86185>>. acesso em: 25 abr. 2014.

_____. *Mandado de Segurança n. 24.859/DF*. Impetrante: Maria Helena Marques Pinto Simões. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 27 ago. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86200>>. acesso em: 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 24.927/RO*. Impetrante: Lídia Belitato de Oliveira. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 25 ago. 2006, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86210>>. acesso em: 21 mai. 2014.

_____. *Mandado de Segurança n. 25.072/DF*. Impetrante: Terezinha de Jesús Ribeiro Araújo. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 27 abr. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443450>>. acesso em: 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 25.090/DF*. Impetrante: Jandir de Moraes Feitosa. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86254>>. acesso em: 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 25.116/DF*. Impetrante: Edson de Almeida Miguel Relvas. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 20 fev.

2011. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618869>>. acesso em:
 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 25.192/DF*. Impetrante: Jecy Serôa da Motta. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 6 mai. 2005. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86282>>. acesso em:
 em: 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 25.256/PB*. Impetrante: Maria José dos Santos Clarindo. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 24 mar. 2006. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365412> >. acesso em:
 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 25.403/DF*. Impetrante: Ionni Tadeu de Sá. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 10 fev. 2011. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618870>>. acesso em:
 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 25.409/DF*. Impetrante: Karel Willis Rêgo Guerra. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 18 mai. 2007. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456064>>. acesso em:
 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 25.440/DF*. Impetrante: Márcia Aguiar Nogueira Batista. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 28 abr. 2006. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365424> >. acesso em:
 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 25.552/DF*. Impetrante: Jose Claudio Netto Motta. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Mina. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 30 mai. 2008. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=530427> >. acesso em:
 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 25.568/DF*. Impetrante: Associação Nacional Dos Aposentados e Pensionistas do Serviço Público Federal. Impetrado: Presidente da Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Dias Toffoli. Relatora para Acórdão: Mina. Rosa Weber. Brasília, DF, 10 mai. 2012. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1979529> >. acesso em:
 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 25.697/DF*. Impetrante: Maria das Graças Consuelo Silveira Alvim de Oliveira. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relator: Mina. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 5 mar. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609265>>. acesso em: 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 26.085/DF*. Impetrante: Espedito Pereira. Impetrado: Presidente da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União. Relatora: Mina. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 13 jun. 2008, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=533757>>. acesso em: 4 jun. 2014.

_____. *Mandado de Segurança n. 26.919/DF*. Impetrante: Ivanilde Nascimento de Castro. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 mai. 2008, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=528775>>. acesso em: 21 mai. 2014.

_____. *Mandado de Segurança n. 27.640/DF*. Impetrante: Ariel Rey Ortiz Olstan. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 19 dez. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1643169>>. acesso em: 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 28.520*. Impetrante: Glaci Bernardete Heiss. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 2 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1874576>>. acesso em: 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 28.720/PR*. Impetrante: Maria da Penha Rodrigues Castro. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 2 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1874415>>. acesso em: 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 28.333/DF*. Impetrantes: Adelino Jaime de Faria, Anízio Abraão Cherin, Antônio José Pichler, Humberto de Jesus Ferreira, Moacir Gangana Filho, Nilton de Rocha Gama e Paulo Roberto Rodrigues da Cunha. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 27 fev. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1759130>>. acesso em: 22 mar. 2013.

_____. *Mandado de Segurança n. 28.929/DF*. Impetrante: Sônia Miriam Peixoto Pontes. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Mina. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 16 nov. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629666>>. acesso em: 22 mar. 2013.

_____. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 636.553/RS*. Recorrente: União. Recorrido: João Darci Rodrigues de Oliveira. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 9 mar. 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218526>>. acesso em: 9 jan. 2014.

_____. *Recurso Extraordinário n. 195.861*. Recorrente: Estado do Espírito Santo. Recorrido: Eduardo Martins Vicente. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 out. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234796>>. acesso em: 22 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão n. 1.020/2000 – Plenário*. Solicitação. Entidade: Procuradoria da União no Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Marcos Vilaça. 29 nov. 2000. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 dez. 2000. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=2>>. acesso em 30 jun. 2014.

_____. *Acórdão n. 1.697/2003 – Segunda Câmara*. Pedido de reexame em processo de aposentadoria. Relator: Min. Lincoln Magalhães da Rocha. 23 set. 2003. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 out. 2003. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. acesso em 30 jun. 2014.

_____. *Acórdão n. 85/2004 – Segunda Câmara*. Pedido de reexame em processo de aposentadoria. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. 5 fev. 2004. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 fev. 2004. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=4&doc=1&dpp=20&p=0>>. acesso em 30 jun. 2014.

_____. *Acórdão n. 597/2004 – Primeira Câmara*. Pedido de reexame em processo de aposentadoria. Relator: Min. Marcos Bemquerer. 30 mar. 2004. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 abr. 2004. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=5&doc=1&dpp=20&p=0>>. acesso em 30 jun. 2014.

_____. *Acórdão n. 114/2005 – Segunda Câmara*. Pedido de reexame em processo de aposentadoria. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. 15 fev. 2005. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 fev. 2005. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=6&doc=2&dpp=20&p=0>>. acesso em 30 jun. 2014.

_____. *Acórdão n. 559/2005 – Plenário*. Aposentadoria. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. 11 mai. 2005. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 mai. 2005. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=7&doc=2&dpp=20&p=0>>. acesso em 30 jun. 2014.

_____. *Acórdão n. 241/2006 – Plenário*. Pedido de reexame em processo de aposentadoria. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. 8 mar. 2003. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 mar. 2003. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=7&doc=2&dpp=20&p=0>>. acesso em 30 jun. 2014.

_____. *Acórdão n. 41/2008 – Primeira Câmara*. Pedido de reexame em processo de aposentadoria. Relator: Min. Valmir Campelo. 29 jan. 2008. Diário Oficial da União, Brasília,

DF, 1 fev. 2008. Disponível em:<
<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=9&doc=2&dpp=20&p=0>>.
acesso em 30 jun. 2014.

_____. *Acórdão n. 154/2010 – Segunda Câmara*. Pedido de reexame em processo de aposentadoria. Relator: Min. Aroldo Cedraz. 26 jan. 2010. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 jan. 2010. Disponível em:<
<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=10&doc=1&dpp=20&p=0>>.
acesso em 30 jun. 2014.

_____. *Acórdão n. 3.245/2010 – Plenário*. Pensão Civil. Relator: Min. Augusto Nardes. 1 dez. 2010. Disponível em:<
<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=11&doc=1&dpp=20&p=0>>.
acesso em 30 jun. 2014.