Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal*

*Rafael Maffini***

1. Os novos paradigmas do direito administrativo

O direito administrativo — como de resto todas as áreas da ciência jurídica — vem enfrentando uma crise de paradigmas,[1] uma vez que tende a superar conceitos e premissas que lhe serviram de base, substituindo-os por outros mais consentâneos com o atual estágio evolutivo da sociedade pós-moderna[2] e massificada. Enfim, o direito público vem buscando paradigmas teóricos compatíveis com a noção atual de Estado.

Tal fenômeno é sobremaneira relevante no caso do direito administrativo, uma vez que, embora o surgimento de tal área do conhecimento humano tenha sido fundamentado sob a égide de um discurso libertário, como uma categoria consectária dos primados da separação de poderes e da submissão do Estado à ordem jurídica, trata-se de um ramo do direito que somente em tempos muito

---

* Artigo escrito em Porto Alegre, em fevereiro de 2010.

** Advogado em Porto Alegre. Sócio-diretor do escritório Rossi, Maffini & Milman Advogados. Mestre e doutor em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor de direito administrativo.

[1] Utiliza-se aqui a noção de "paradigma" no sentido de ideias, conceitos, normas que conferem a compreensão científica de um determinado objeto. Para o aprofundamento acerca de tal noção, veja: Kuhn, 2005; Morin, 2006.

[2] Aqui, o termo pós-modernidade é utilizado na feição que lhe é conferida com a precisão peculiar por Cláudia Lima Marques (2002:155-174).

recentes vem realmente desempenhando o mister para o qual teria sido criado, de asseguração dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em face do poder público.

Durante anos, o direito administrativo serviu tão somente para a sistematização de um discurso que, em seu âmago, incumbia-se quase que exclusivamente da legitimação jurídica de um perfil autoritário de atuação estatal.[3]

Não é árdua a tarefa de se depreender uma forte carga autoritária da noção vetusta de legalidade (ou legalismo) administrativa, da supremacia irrestrita do interesse público sobre o privado, da insindicabilidade judicial das decisões administrativas discricionárias, da unilateralidade/imperatividade. Tais institutos por muito tempo foram — e infelizmente para alguns ainda são — dogmas intransponíveis do direito administrativo. Trata-se de uma série de conceitos que senão restaram empregados de modo intencionalmente autoritário por parte de quem os pronunciava, ao menos continham a grave potencialidade de sê-lo.

Num sinal de elogiável evolução, alvorece na doutrina pátria uma série de trabalhos que buscam a necessária adaptação do direito administrativo a um discurso efetivamente moderno e apto ao seu papel essencial,[4] qual seja, o de compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, imprescindíveis à atuação estatal, com uma série de direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Política vigente,[5] inserindo o ser humano na condição de aspecto nuclear na ordem jurídica,[6] como se pode extrair — já numa concepção topográfica[7] — da Constituição Federal de 1988, adequadamente concebida como cidadã.

Entre os inúmeros componentes de tal moderna leitura do direito administrativo, destaca-se aqui um aspecto que, *ultima ratio*, pretende sobrelevar o papel do cidadão nas relações jurídico-administrativas. Em efeito, na perspectiva em superação, o cidadão (ou administrado) apresentava-se ou de modo absolutamente

---

[3] Para um aprofundamento sobre tal ponderação, veja Otero (2003:269-331), especialmente quando o referido autor trata do que denominou "*ilusão garantística da génese do Direito Administrativo*" (p. 275 e segs.).

[4] Destacam-se, nesse sentido: Moreira Neto (2007); Baptista (2003); Binenbojm (2008).

[5] De acordo com Di Pietro (1991:9): "Ora, sendo a Administração Pública, em seus vários aspectos, objeto central do direito administrativo, este se caracteriza essencialmente pela busca de um equilíbrio entre as prerrogativas da autoridade e os direitos individuais".

[6] Neste aspecto e também quanto à substituição da necessária supremacia do interesse público sobre particulares por uma constante ponderação entre os interesses públicos com os demais interesses em jogo, veja Justen Filho (1999:115-136).

[7] Um dos sintomas de textos constitucionais autoritários consiste na distribuição de temas, que começa pela organização do Estado, passando pelo sistema tributário-financeiro, e chegando — quando chega — a um tímido rol de direitos e garantias fundamentais. Na situação oposta, ou seja, em textos constitucionais verdadeiramente cidadãos, inicia-se por um rol de direitos e garantias fundamentais, colocando-se o ser humano como elemento nuclear de todo o sistema jurídico. Topograficamente, portanto, a Constituição Federal de 1988 não possui a nota autoritária que caracterizava a Constituição que a antecedeu.

irrelevante à construção teórica do direito administrativo, ou de forma a figurar somente como o simples destinatário da administração pública, ou seja, alguém que tão somente "sofre" a função administrativa. Quanto à posição do cidadão na teoria do direito administrativo moderno, busca-se um novo paradigma, em que esse, demais de obviamente ser o destinatário da administração pública, coloca-se como um importante ator no cenário das relações jurídico-administrativas, o qual terá, juntamente com o Estado, o desiderato de construir as tomadas de decisão que lhe afetam e que afetam a sociedade como um todo. Trata-se de uma decorrência do princípio da participação, o qual há de se colocar em relevante patamar no horizonte de paradigmas que se inclinam à modernização e racionalização do direito administrativo.

2. Considerações gerais sobre a administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança)

Das ideias esposadas supra, incumbidas de realinhar o direito administrativo ao seu papel atual no Estado de direito contemporâneo, deflui a noção jurídica que vem sendo denominada de "administração pública dialógica", pela qual, como se depreende da própria expressão que a designa, se busca impor como condição para a atuação administrativa a prévia realização de um verdadeiro e efetivo diálogo com todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas pela atuação estatal.

Aliás, se mostra conveniente uma pequena referência ao direito comparado para evidenciar tal questão. Trata-se de preceito contido no art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia — também denominada de Carta de Nice — pelo qual se estabeleceu um "direito fundamental à boa administração pública".[8] Juarez Freitas (2007:20), que trata precursoramente em solo pátrio sobre tal direito fundamental à boa administração, o define como:

[8] Carta de Nice, "Art. 41. Direito a uma boa administração 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: — o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente; — o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; — a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua".

> [o] direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas; a tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.

Demais disso, lastreado por atenta análise da doutrina europeia, o referido autor refere que de tal síntese conceitual se extraem inúmeros consectários, entre os quais o "direito à administração pública dialógica", o qual se traduziria nas "garantias do contraditório e da ampla defesa — é dizer, respeitadora do devido processo (inclusive com duração razoável), o que implica do dever de motivação consistente e proporcional" (Freitas, 2007:20).[9]

Tal direito fundamental à boa administração pública, bem assim todos os seus consectários encontram-se absolutamente normatizados no ordenamento jurídico-constitucional pátrio, não obstante a falta de referência expressa, no catálogo contido no Título II, da Constituição vigente, tal como encontrada em solo europeu.[10] Ora, tal direito fundamental é cristalizado no Brasil a partir da conjugação de uma série de normas jurídicas que se encontram expressa e implicitamente postadas em nossa Carta Política.[11]

---

[9] Ao lado do direito à administração pública dialógica, colocam-se, segundo o autor, como decorrências do direito fundamental à boa administração pública, o direito à administração pública transparente, o direito à administração pública imparcial, o direito à administração pública proba, o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada e o direito à administração pública eficiente e eficaz, além de econômica e teleologicamente responsável.

[10] Não infirma tal conclusão, o fato de inexistir, no rol de direitos e garantias fundamentais contido no Título II da CF/88, qualquer menção ao "direito fundamental à boa administração". Lembre-se, nesse sentido, que o art. 5º, §2º, da CF/88 estabelece que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Lembre-se, do mesmo modo, que o próprio STF já exarou inúmeras decisões no sentido de que a fundamentalidade de direitos é encontrada em preceitos outros da Carta Política, que não aqueles mencionados no Título II (dos direitos e garantias fundamentais) da CF/88. Exemplificativamente, menciona-se o julgado na ADI 939, quando o pretório excelso afirmou ser direito ou garantia individual fundamental a anterioridade tributária, referida no art. 150, III, *b*, da CF/88. Veja, no plano doutrinário, por todos: Sarlet (2008:73-156).

[11] Concorda-se, pois, com a conclusão de que existe um "direito fundamental à boa administração pública" no Brasil, tal como o fez Finger (2009:133-143), quando o autor assevera que, a partir do rol de consectários apresentado por Juarez Freitas (2007:20), é possível "verificar que eles se apoiam em normas constitucionais positivadas na Constituição de 1988, ainda que não todos, dentro do catálogo do Título II: o direito à administração pública atenta à legalidade, imparcial, proba, transparente e eficiente encontra positivação no *caput* do art. 37; o direito à administração pública dialógica apoia-se nos dispositivos do art. 5º, incs. LIV e LXXVIII; e, finalmente, o direito à administração pública responsável encontra previsão no art. 5º, inc. LXXIII, e art. 37, §6º. Com isso, não é difícil divisar que os deveres que surgem para a administração pública de qualquer dos países integrantes da União Europeia, decorrentes da sua Carta de Direitos, são passíveis de serem exigidos da administração pública brasileira, por força de normas constitucionais que estão contidas na Constituição de 1988". Mais adiante, Finger (2009:137) conclui que "é induvidoso que todos esses deveres que foram catalogados como decorrentes

Especialmente quanto ao consectário do "direito fundamental à boa administração pública" aqui destacado, qual seja, o "direito fundamental à administração pública dialógica", ele se mostra, evidentemente, assegurado pela Constituição Federal, a partir de um fenômeno de mediatização[12] proporcionado pelas noções de devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88) e de contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88).

Embora a incidência de tal noção de "administração pública dialógica" apresente-se multifacetada, dada a abrangência das normas constitucionais que lhe conferem supedâneo (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, participação), ela se afigura especialmente relevante no tocante ao desfazimento de condutas administrativas não precárias que produzam efeitos favoráveis aos seus destinatários (também denominados de atos ampliativos)[13] ou aos casos de perpetração de condutas administrativas que causam restrições à esfera de direitos de seus destinatários (também denominados de condutas ablativas de direitos).

Diante disso, decorrente de tal noção de administração dialógica se tem que a extinção de condutas administrativas benéficas aos seus destinatários, quando não precárias, devam ser necessariamente antecedidas de contraditório e de ampla defesa, em favor de seus destinatários (Maffini, 2009:113). Assim, se a administração pública entende ser caso de extinção de um ato administrativo não precário (por anulação, revogação, cassação ou qualquer outro modo extintivo), não poderá fazê-lo sem que os seus destinatários tenham assegurado um momento para a defesa, em termos imediatos, do referido ato e, em termos mediatos, de seus interesses na preservação da conduta administrativa que lhe beneficia. Igualmente, tal conclusão é encontrada em relação à extinção de contratos públicos, seja caso de rescisão, seja caso de anulação do vínculo negocial.[14] Trata-se, pois, de um limite formal ao exercício da autotutela administrativa (Maffini, 2009:112), absolutamente consentânea da tendência atual de ponderação entre o interesse público, cujo peso axiológico fundamenta a autotutela administrativa, e os interesses individuais divisados pelos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa.

Tal postura interpretativa, que determina o referido limite formal à extinção de condutas administrativas unilaterais ou negociais ampliativas não precárias,

---

do 'direito à boa administração' estão perfeitamente alinhados com o 'regime e os princípios adotados' pela Constituição da República, nos termos do seu art. 5º, §2º".

[12] Sobre o conceito jurídico e filosófico da categoria lógica da "mediatização", veja excelente excurso feito por Knijnik (2000:184-189).

[13] Atos que conferem benefícios aos destinatários são denominados "atos ampliativos", os quais, segundo José Manuel Sérvulo Correia (1987:290), são aqueles que *"constituam direitos na esfera jurídica do destinatário, eliminem restrições ao exercício de direitos preexistentes, eliminem ou restrinjam obrigações, ou, ainda, que constituam na esfera jurídica do particular situações jurídicas activas diferentes dos direitos subjectivos, designadamente simples poderes ou faculdades*".

[14] Assim dispõe o art. 78, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

aqui considerada uma decorrência da "administração pública dialógica", vem recebendo sobejo reconhecimento doutrinário e, especialmente, jurisprudencial, como se pode vislumbrar em decisões do STJ (RMS nº 257) e do STF (RE nº 158.543, RE nº 199.733 e, mais recentemente, MS nº 24.268, MS nº 22.357, RMS nº 23.383). Cumpre salientar que, sobre a matéria, o STF reconheceu sua repercussão geral quando da apreciação do RE nº 594.296, ainda pendente de decisão meritória.[15] Além disso, em alguns casos, há preceitos legais que positivam a necessidade de observância de contraditório e de ampla defesa.[16]

Todo esse arcabouço teórico referente à noção de "administração pública dialógica", do qual se colocam em posição proeminente primados jurídicos de relevância ímpar, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a noção de participação, entre outros aspectos dotados de *status* constitucional, pode ser igualmente considerado uma decorrência lógica da noção de "proteção da confiança", enquanto faceta subjetiva do princípio da segurança jurídica.[17] Com efeito, a proteção da confiança ou das expectativas legítimas pode ser vislumbrada, segundo Soren Schonberg (2000), a partir de uma tríplice perspectiva:

- de um lado, tem-se a proteção substancial da confiança, cujo significado pode ser sumarizado como sendo um conjunto de normas jurídicas que visa à manutenção e à estabilização das relações jurídicas emergentes da ação administrativa do Estado, em face de expectativas que, por razões especiais, apresentam-se legítimas e, assim, dignas de proteção;[18]

- de outro lado, é possível se cogitar da proteção compensatória da confiança, compreendida como o dever do Estado de ressarcir os prejuízos decorrentes da frustração de expectativas nele legitimamente depositadas pelos cidadãos;

---

[15] Extrai-se do site do STF, quanto ao tema em debate, cuja repercussão geral restou reconhecida, o seguinte texto: "Direito Administrativo. Anulação de ato administrativo cuja formalização tenha repercutido no campo de interesses individuais. Poder de autotutela da administração pública. Necessidade de instauração de procedimento administrativo sob o rito do devido processo legal e com obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa [...]". Num exercício de prognose possível, não seria inadequado cogitar que o limite formal ora analisado será chancelado pelo pretório excelso, desde que a Corte constitucional não altere seu tradicional entendimento jurisprudencial.

[16] Por exemplo: art. 49, §3º, da Lei nº 8.666/93; art. 78, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93; art. 43 da Lei nº 9.472/97; art. 68, §1º, da Lei nº 10.233/2001.

[17] Sobre proteção da confiança veja, entre outros, Calmes (2001); Castillo Blanco (1998); Couto e Silva (2004); Garcia Luengo (2002); Maffini (2006); Schonberg (2000).

[18] A proteção substancial da confiança pode determinar a preservação de condutas mesmo que perpetradas de modo inválido (veja, por exemplo, art. 54 da Lei nº 9.784/99), a preservação de efeitos de condutas invalidadas (eficácia anulatória não retroativa, com a manutenção de efeitos que agraciem terceiros ou destinatários de boa-fé) e até mesma a anulação de condutas administrativas com eficácia *in futurum*. Ver, nesse sentido, Maffini (2007:231-247).

- por fim, justamente no sentido destacado neste ensaio, tem-se a proteção procedimental da confiança, consubstanciada na necessidade de uma atividade administrativa processualizada, em que se assegure a participação dos destinatários da função administrativa, sobretudo nos casos em que administração pública venha a lhe causar prejuízos ou a lhe reduzir vantagens outrora concedidas.[19]

A relação ora proposta entre a segurança jurídica (e o seu consectário "proteção da confiança") e os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa (que, a par do princípio da participação, fundamental o conceito de "administração pública dialógica") se deve ao fato de que os destinatários da função administrativa não podem ser surpreendidos com a imposição de atos que lhe são prejudiciais ou com a extinção de condutas que lhe são benéficas, de modo abrupto, sem que se lhes assegurem tanto a ciência quanto à iminência de ocorrência de tais eventos danosos, quanto a efetiva participação tendente a evitar que eventuais prejuízos lhes sejam ocasionados. Daí a ideia de que a segurança jurídica e a proteção da confiança, em sua faceta procedimental, impõem sejam asseguradas a ciência e a participação prévia como condição formal para a eventual imposição de gravame pelo poder público na esfera de direitos dos cidadãos, aí incluído, por óbvio, a extinção de condutas administrativas que lhes são favoráveis.

A partir de tais considerações gerais acerca da noção de "administração pública dialógica" (ou de proteção procedimental da confiança), passa-se ao desenvolvimento de alguns tópicos que lhes são pertinentes, sobretudo em face do enunciado da Súmula Vinculante nº 3, do STF.

3. Algumas considerações específicas sobre a administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do STF

Enuncia a Súmula Vinculante nº 3, do STF, que: "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".[20]

Constata-se, pois, que o tema subjacente referente à tal súmula tem direta relação com o conceito analisado supra, de "administração pública dialógica".

[19] Sobre a proteção procedimental da confiança, veja Ávila (2002).
[20] Publicada no *DOU* de 6 jun. 2007.

Trata-se, pois, de um desdobramento direto de tal noção, uma vez que cuida da necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa, quando do controle promovido pelos tribunais de Contas, em especial pelo Tribunal de Contas da União, sobre a atividade estatal de administração pública. A questão, portanto, poderia ser assim colocada:

- se de um lado, o contraditório e a ampla defesa são requisitos formais para o desfazimento de condutas administrativas não precárias e ampliativas pela própria administração pública, de outro lado, a Súmula Vinculante nº 3, do STF, trata da necessidade de observância de contraditório e de ampla defesa quando o desfazimento de tais condutas é promovido pelos tribunais de Contas, enquanto órgãos de controle.

Tal questão apresenta-se especialmente relevante se considerada a competência atribuída aos tribunais de Contas pelo art. 71, III, da CF/88[21] de apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, ressalvados para os cargos em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões. Em outras palavras, uma vez investido um agente público em um cargo, emprego ou função pública, tais atos de provimento serão apreciados pelos respectivos tribunais de Contas para fins de registro. Do mesmo modo, uma vez perpetrada a aposentadoria, a reforma ou o "pensionamento" de algum servidor, militar ou dependente de servidor público, esses atos de concessão de benefício previdenciário serão apreciados pelos tribunais de Contas respectivos para fins de registro.[22]

Tal "apreciação, para fins de registro", cumpre salientar, consiste na verificação, sem caráter jurisdicional, da legalidade ou, num sentido mais amplo, da validade dos atos administrativos benéficos àqueles que são investidos em funções públicas, inativados ou pensionados pela administração pública.[23]

Pois bem, em relação à primeira parte da Súmula Vinculante nº 3 ("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..."), o STF cristalizou, de modo absolu-

[21] "Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] III — 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; [...]."

[22] Uma interessante análise do desiderato e da organização dos tribunais de contas é encontrada em Britto (2002:97-109).

[23] Nesse sentido, Medauar (1993:135).

tamente adequado, a ideia implícita à "administração pública dialógica", tal como acima divisada.

Assim, o STF enunciou, em interpretação dotada de força vinculante, que a regra geral é a observância de contraditório e de ampla defesa, quando puder resultar da atuação das cortes de Contas a extinção de atos administrativos benéficos aos seus destinatários. A tal interpretação, ao que parece, merecem ser endereçadas considerações elogiosas, porquanto se trata de interpretação absolutamente consentânea aos conceitos analisados supra de "administração pública dialógica".

O mesmo, contudo, não ocorre com a parte final da Súmula Vinculante nº 3, do STF ("excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão"), uma vez que contém injustificada exceção ao mesmo conceito. Tal exceção, *data venia*, há de ser criticada por uma série de razões.[24]

Inicialmente, o fundamento nuclear da exceção em lume não se mostra adequado. Como se depreende dos debates que levaram o STF a editar a Súmula Vinculante nº 3,[25] bem como de uma série de decisões que a antecederam (*v.g.*, MS nº 25.440, do STF), a exceção decorre do fato de que, segundo uma série de julgados exarados tanto pelo Supremo Tribunal Federal[26] quanto pelo Superior Tribunal de Justiça,[27] tais atos administrativos seriam "atos administrativos complexos". Para

---

[24] Em outra oportunidade, em que lançamos críticas respeitosas a determinadas decisões do STF (Maffini, 2005:143-163), exaramos considerações cuja reprodução parece se mostrar, agora, conveniente: "O Direito e a Constituição são o que as Cortes Constitucionais dizem que são. Tal máxima — referida por Hart — revela-se absolutamente apropriada num sistema judiciário como o brasileiro, em que o Supremo Tribunal Federal é qualificado solenemente na Carta Política como o 'guardião precípuo da Constituição'. Demais disso, questões de política judiciária, notadamente aquelas pertinentes ao excessivo volume de demandas que deságuam no Poder Judiciário, germinam uma tendência cada vez mais acentuada de concentração decisória de matérias constitucionais no Supremo Tribunal Federal, em óbvio detrimento dos mecanismos de controle difuso de constitucionalidade. Por certo, a interpretação constitucional oriunda do Pretório Excelso merece respeito e impõe obediência, dada a legitimação institucional que lhe é imanente. No entanto, o mister institucional cometido ao Supremo Tribunal Federal de ser a boca que pronuncia as palavras da Constituição Federal, seu intérprete autêntico, pois, não o imuniza de críticas. Ao jurista se impõe uma avaliação atenta das decisões exaradas pelo STF — ou por qualquer outro órgão jurisdicional — seja para revelar e reconhecer a correção dos fundamentos que ensejaram a decisão, seja para apontar eventuais equívocos de premissa ou, em sentido mais amplo, a incorreção inerente ao julgamento analisado. Tal posicionamento crítico, longe de significar afronta ao importante papel desempenhado pelo STF, o coloca em relevo. O produto da atividade jurisdicional necessariamente carece de mediatização humana e, como tal, apresenta-se suscetível a erros. Tanto quanto falível, a condição humana traz consigo a característica da mutabilidade, razão pela qual se permite cogitar de uma alteração de posicionamento, mesmo que levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, o papel da Ciência Jurídica, e pois, daqueles que dela se ocupam, deve visar sempre à construção, mesmo que, para tanto, tenha de destruir, no plano teórico, os argumentos jurídicos empregados como fundamentos para as decisões judiciais".

[25] Brasil. Supremo Tribunal Federal. Debates e aprovação de enunciados de súmulas vinculantes proferidas na sessão plenária de 30 de maio de 2007... *DJe*, n. 78. Brasília, 10 ago. 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_20070810_078.pdf>.

[26] Mencionam-se, entre outros, os seguintes arestos: MS nº 8.886; MS nº 19.861; MS nº 19.873; RE nº 195.861; MS nº 24.754.

[27] Entre outros, os seguintes: REsp nº 1.560; RMS nº 693; RMS nº 6.777; EDcl nos Edcl no RMS nº 10.983.

Hely Lopes Meirelles, ato administrativo complexo seria "o que se forma pela conjugação de vontade de mais de um órgão administrativo". Assevera, ainda em relação aos atos complexos, que tal categoria possuiria como elemento essencial "o concurso de vontades de órgãos diferentes para a formação de um ato único", razão pela qual "só se aperfeiçoa com a integração da vontade final da Administração, e a partir deste momento é que se torna atacável por via administrativa ou judicial" (Meirelles, 2005:172). Assim, segundo o STF, os atos sujeitos a registro pelos tribunais de Contas seriam complexos porquanto teria sua formação iniciada quando da manifestação volitiva da administração pública e "perfectibilizada" tão somente quando do registro aposto pela Corte de Contas. Em outras palavras, o STF entende que antes do pronunciamento do Tribunal de Contas, o ato nem sequer existiria definitivamente, razão pela qual não se faria necessária a observância do contraditório e da ampla defesa.

Embora não se desconheça tal posição jurisprudencial que qualifica os atos sujeitos a registro pelos tribunais de Contas como atos administrativos complexos, roga-se vênia para dela se discordar.[28] Parece ser mais adequado qualificar tal categoria de atos administrativos como "ato administrativo composto",[29] o qual, segundo Hely Lopes Meirelles (2005:172), seria aquele que "resulta da vontade única de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro, para se tornar exequível".[30]

Ocorre que, ainda que se fossem considerados os atos sujeitos a registro pelo Tribunal de Contas como atos administrativos complexos, mesmo assim não seria razoável a exceção feita pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que os princípios do contraditório e da ampla defesa deveriam ser igualmente observados no caso do procedimento de formação de condutas administrativas, sobretudo se dessa sucessão de atos pudesse redundar a imposição de prejuízos ou a cessação de vantagens atribuídas aos destinatários de tais atos.

Daí porque se discorda da posição do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, excepcionando-se a regra geral pela qual é necessário assegurar o contraditório e a ampla defesa nos processos que tramitam nos tribunais de Contas, não

---

[28] Para o aprofundamento dos argumentos que embasam a crítica feita no texto, veja Maffini (2005:143-163).

[29] "Ora, se ato administrativo complexo é aquele para cuja formação ou existência apresentam-se necessárias várias vontades conjugadas, os atos administrativos dependentes de registro pelos Tribunais de Contas não podem ser considerados atos administrativos complexos. Isso porque todos os elementos de aperfeiçoamento de tais atos administrativos já são implementados quando da prática dos mesmos pela própria Administração Pública. A simples menção constitucional ao fato de que a apreciação realizada pelos Tribunais de Contas tem como parâmetro a legalidade (ou validade) dos atos verificados induz, *per se*, a conclusão de que se tratam de atos já existentes" (Maffini, 2005:149).

[30] Hely Lopes Meirelles (2005:172) assevera ainda, que "o ato composto distingue-se do ato complexo porque este só se forma com a conjugação de vontade de órgãos diversos, ao passo que aquele é formado pela vontade única de um órgão, sendo apenas ratificado por outra autoridade".

seria necessário assegurar tais direitos fundamentais nos casos de "apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão".

Aliás, parece que a própria Corte Constitucional brasileira não se mostra segura quanto a tal exceção contida na Súmula Vinculante nº 3, uma vez que após a sua publicação já sobreveio uma série de decisões que, senão contrariaram o seu enunciado, ao menos impuseram à Súmula Vinculante nº 3 importante temperamento. Com efeito, a partir do julgamento do MS nº 24.448,[31] seguido por uma série de outras decisões idênticas,[32] o Supremo Tribunal Federal passou a entender que mesmo no caso de apreciação da legalidade de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, o Tribunal de Contas deveria assegurar o contraditório, caso ultrapassado o prazo de cinco anos contados da prática do ato sujeito a registro. Em tal decisão, asseverou o STF que:

> 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, é de se convocar os particulares para participar do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º).

Tal temperamento, por certo, condensa situação melhor do que a exceção temperada, uma vez que assegura o contraditório e a ampla defesa nos processos de registro de aposentadoria, pensão ou reforma ao menos nos casos em que o processo tramita junto à Corte de Contas há mais de cinco anos.

---

[31] A decisão referida, publicada em 14 de novembro de 2007, restou assim ementada: "MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE RECURSOS HUMANOS DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO STF. PENSÕES CIVIL E MILITAR. MILITAR REFORMADO SOB A CF DE 1967. CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS DO CONTRÁRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação mandamental, dado que é mero executor da decisão emanada do Tribunal de Contas da União. 2. No julgamento do MS nº 25.113/DF, Rel. Min. Eros Grau, o Tribunal decidiu que, 'reformado o militar instituidor da pensão sob a Constituição de 1967 e aposentado como servidor civil na vigência da Constituição de 1988, antes da edição da EC nº 20/98, não há falar-se em acumulação de proventos do art. 40 da CB/88, vedada pelo art. 11 da EC nº 20/98, mas a percepção de provento civil (art. 40, CB/88) cumulado com provento militar (art. 42, CB/88), situação não abarcada pela proibição da emenda'. Precedentes citados: MS nº 25.090/DF, MS nº 24.997/DF e MS nº 24.742/DF. Tal acumulação, no entanto, deve observar o teto previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. 3. A inércia da Corte de Contas, por sete anos, consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. Este aspecto temporal diz intimamente com o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito. 4. 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, é de se convocar os particulares para participar do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias do contraditório e da ampla defesa (inc. LV do art. 5º). 5. Segurança concedida".

[32] Por exemplo: MS nº 26.363; MS nº 26.405; MS nº 26.406; MS nº 26.628; MS nº 26.782.

Mas parece que o ideal seria a revisão da Súmula Vinculante nº 3, do STF, para que nossa Corte Constitucional assegurasse irrestritamente o contraditório e a ampla defesa,[33] mesmo nos casos de registro de atos de aposentadoria, pensão ou reforma, cujos processos tramitam nos tribunais de Contas.[34] Com isso, estar-se-ia assegurando, com a devida efetividade constitucional, o núcleo essencial dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa.

Acatada tal sugestão, o Supremo Tribunal Federal conferirá, por certo, maior efetividade à noção de "administração pública dialógica".

Referências

ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. *Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, p. 2-5, abr./maio, 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 22 nov. 2004.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Debates e aprovação de enunciados de súmulas vinculantes proferidas na sessão plenária de 30 de maio de 2007... *DJe*, n. 78, Brasília, 10 ago. 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_20070810_078.pdf>.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de Contas. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (Org.). *Administração pública*: direito administrativo, financeiro e gestão pública — prática, inovações e polêmicas. São Paulo: RT, 2002.

CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001.

[33] Propõe-se, pois, que a Súmula Vinculante nº 3 seja revisada para que passe a ter a seguinte redação: "nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa sempre que da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado".

[34] Sensível e preocupada com a situação, pela qual o próprio STF vem descumprindo ou relativizando a Súmula Vinculante nº 3, a ministra Ellen Gracie pediu vista aos autos do MS nº 25.116, ainda pendente de decisão. Quando o julgamento de tal feito for retomado, provavelmente o STF definirá se manterá o teor de tal súmula, deixando de impor-lhe quaisquer exceções ou se promoverá — como o que se defende neste ensaio — a sua revisão. Aguardemos, pois, as cenas dos próximos capítulos.

CASTILLO BLANCO, Federico A. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

FINGER, Julio Cesar. O direito fundamental à boa administração e o princípio da publicidade administrativa. *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 58, p. 133-143 2009.

FREITAS, Juarez. *Discricionaridade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GARCIA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo.* Madrid: Civitas, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

MAFFINI, Rafael. Atos sujeitos a registro pelos tribunais de contas e decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 10, p. 143-163, 2005.

_____. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Modulação temporal *in futurum* dos efeitos da anulação de condutas administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 244, p. 231-247, 2007.

_____. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORIN, Edgar. *O paradigma perdido*: a natureza humana. Lisboa: Europa-América, 2006.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHONBERG, Soren J. *Legitimate expectations in administrative law*. Oxford: Oxford, 2000.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.