

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA - UFJF

FACULDADE DE DIREITO

LUIZ FERNANDO PEREIRA DE OLIVEIRA

**O PRAZO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ANULAR O ATO
ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO
PREVIDENCIÁRIO DE APOSENTADORIA AO SERVIDOR PÚBLICO**

**Juiz de Fora
2013**

LUIZ FERNANDO PEREIRA DE OLIVEIRA

**O PRAZO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ANULAR O ATO
ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO
PREVIDENCIÁRIO DE APOSENTADORIA AO SERVIDOR PÚBLICO**

Monografia apresentada à
faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora - UFJF, como pré-requisito
para obtenção do grau de Bacharel.
Na área de concentração de direito
previdenciário, sob orientação do
Professor Karol Araújo Durço.

**Juiz de Fora
2013**

LUIZ FERNANDO PEREIRA DE OLIVEIRA

**O PRAZO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ANULAR O ATO
ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO
PREVIDENCIÁRIO DE APOSENTADORIA AO SERVIDOR PÚBLICO**

Monografia apresentada à faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel, na área de concentração de direito previdenciário, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 27 de agosto de 2013.

Orientador: Professor Mestre Karol Araújo Durço
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Frederico Augusto d'Avila Riani
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Fernando
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho ao meu primo Luiz Gustavo, cuja ausência revolucionou a minha alma.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Mauro e Rosilene, pela amizade, apoio e por serem exemplos, gravados em meus atos, de retidão e caráter. À minha irmã Larissa, por ser quem é. Aos amigos que fiz ao longo do curso, pelos conselhos que tanto contribuíram para a elaboração do texto. À Laura, pelas discussões e por compartilhar idêntica visão de mundo, inspirando-me a ser alguém melhor.

“Somos todos reféns de nossas reflexões e da honestidade intelectual que lhes devemos emprestar, quando convencidos pela força dos argumentos.”

Cezar Peluso

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar, criticamente, a evolução da jurisprudência brasileira no que diz respeito ao prazo concedido à Administração Pública para fins de anulação do ato administrativo responsável pela concessão do benefício previdenciário ao servidor público. Tal abordagem será à luz do princípio da segurança jurídica e da moderna doutrina neoconstitucionalista, que autoriza a revisão, em favor da prevalência dos direitos fundamentais indisponíveis do cidadão, do princípio geral administrativo da supremacia do interesse público sobre o privado, além de permitir a incidência direta dos princípios constitucionais as mais variadas controvérsias jurídicas. Se a jurisprudência brasileira é vacilante ao abordar o tema, é certo que a doutrina especializada não se dedica a abordá-lo com a profundidade necessária, já que se contenta apenas em afirmar que o ato administrativo, por ostentar natureza complexa, se aperfeiçoa apenas após o registro da concessão da aposentadoria pelo Tribunal de Contas da União, oportunidade em que se inicia o prazo decadencial de 05 anos de que dispõe o Poder Público para anular o ato, salvo comprovada má-fé (art. 54, lei nº 9.784/99). O estudo fora desenvolvido sob o método dedutivo, pois construído a partir da análise interdisciplinar entre as doutrinas constitucionais e administrativistas, além dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal. Por fim, depois de se revisitar a decisão do Supremo Tribunal Federal à luz da teoria neoconstitucionalista, chegou-se a conclusão de que de o termo inicial do quinquênio decadencial deve coincidir com o ato concessório inicial do benefício previdenciário.

Palavras-chave: Servidor Público federal. Aposentadoria. Decadência da revisão do benefício.

SUMÁRIO

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO..... | 14 |
| 1 PREVIDÊNCIA SOCIAL..... | 15 |
| 1.1 Breve Histórico..... | 15 |
| 1.2 Princípios da Previdência Social | 17 |
| 1.2.1 Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento..... | 17 |
| 1.2.2 Princípios da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.. | 18 |
| 1.2.3 Princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços..... | 19 |
| 1.2.4 Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios | 19 |
| 1.2.5 Princípio da equidade na forma de participação no custeio..... | 20 |
| 1.2.6 Princípio da diversidade da base de financiamento..... | 20 |
| 1.2.7 Princípio do caráter democrático e descentralizado da Administração..... | 20 |
| 1.2.8 Princípio da preexistência da fonte de custeio..... | 21 |
| 1.3 As espécies de regimes previdenciários..... | 21 |
| 1.4 Previdência social do servidor público federal..... | 22 |
| 2 O ATO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DA APOSENTADORIA AO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL | 24 |
| 2.1 A classificação dos atos administrativos..... | 24 |
| 2.2 A natureza jurídica do ato concessório da aposentadoria ao servidor público federal..... | 25 |
| 3 O PRAZO DECADENCIAL PARA A ANULAÇÃO DO BENEFÍCIO | 27 |
| 3.1 A prescrição/decadência administrativa..... | 27 |
| 3.2 O art. 54 da Lei nº 9.784/99..... | 28 |
| 3.3 A posição do Supremo Tribunal Federal..... | 30 |
| 4 NEOCONSTITUCIONALISMO | 33 |
| 4.1 Linhas conceituais..... | 33 |
| 5 NEOCONSTITUCIONALISMO E A REVISÃO DO ATO CONCESSÓRIO DA APOSENTADORIA AO SERVIDOR | 36 |
| 5.1 Releitura dos institutos jurídicos..... | 36 |
| 5.2 Segurança jurídica..... | 36 |
| 5.3 Supremacia do interesse público sobre o privado..... | 39 |
| 5.4 Princípio da dignidade da pessoa humana..... | 41 |
| 5.5 Natureza jurídica do ato concessório..... | 43 |
| 5.6 A inversão da responsabilidade administrativa..... | 44 |
| 5.7 Devido processo legal..... | 46 |
| CONCLUSÃO..... | 48 |
| REFERÊNCIAS..... | 49 |

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar, criticamente e sob o método dedutivo, a recente e final decisão do Supremo Tribunal Federal quanto ao termo inicial do quinquênio decadencial (art. 54 da lei nº 9.784/99) de que dispõe a Administração Pública para anular atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis aos administrados.

No primeiro capítulo será realizada breve exposição histórica da previdência social, situando-a como direito fundamental de segunda dimensão, bem como dos princípios constitucionais que lhe emprestam significado.

No segundo capítulo será discutida a classificação dos atos administrativos, bem como a natureza jurídica específica do ato concessório do benefício previdenciário de aposentadoria ao servidor público. Nesse ponto, será exposta a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede do Mandado de Segurança número 25.116/DF, que será objeto de enfrentamento e críticas ao longo de todo o trabalho.

O terceiro capítulo se dedica a analisar o histórico dos institutos da decadência e da prescrição para o Poder Público no ordenamento jurídico brasileiro. Depois, aprecia-se a relevância da lei do procedimento administrativo federal (nº. 9.784/99), especialmente em virtude de seu art. 54, que estipula o prazo fatal de cinco anos para que a Administração Pública anule seus próprios atos, excetuados os casos de má-fé.

O quarto capítulo traz as linhas conceituais do neoconstitucionalismo, que é o marco teórico sob o qual desenvolveu-se o presente estudo.

No quinto capítulo serão apresentadas as propostas formuladas para que o prazo decadencial administrativo se harmonize com os princípios da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

Por fim, conclui-se pela natureza composta do ato administrativo concessório do benefício de aposentadoria, pelo que deve ser esse (o ato concessório inicial) o termo inicial do quinquênio decadencial.

1 PREVIDÊNCIA SOCIAL

1.1 Breve histórico

A história da humanidade, acompanhada de perto pela evolução da ciência jurídica e de seus institutos, se desenvolve sob constante e ininterrupta marcha progressiva, sendo certo que as conquistas humanas, verificadas sobretudo nos últimos dois séculos, se somam e retroalimentam em ordem a formar um amplo feixe, composto especialmente por normas jurídicas, de tutela e promoção da pessoa humana.

Inicialmente, as lutas sociais objetivaram a limitação dos poderes então amplamente concentrados nas mãos do monarca, daí resultando a conquista do regime das liberdades públicas negativas, consubstanciadas, de modo geral, no estabelecimento de limites à atuação dos exercentes do poder estatal, que agora já não mais podem deliberar, desgarrados de lastro argumentativo mínimo, sobre a vida e o patrimônio dos sujeitos.

Essa noção de liberdade, ostensivamente negativa, por impor abstenções ao poder, compõe e empresta significado ao que se convencionou classificar como direitos de defesa, na exata medida em que podem ser utilizados, em favor da pessoa, para a proteção de pautas morais e materiais mínimas em face do Estado.

Sobre tal classificação, o professor Paulo Gustavo Gonet Branco explicita que:

Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não-interferência, de não-intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Esses direitos objetivam a limitação da ação do Estado, Destinam-se a evitar ingerências do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas¹.

Com efeito, as liberdades públicas integram, ainda, os, assim classificados, direitos humanos de primeira dimensão, justamente porque representam o primeiro grande avanço no que tange à necessidade de tutela dos direitos e garantias da pessoa humana.

No entanto, depois de consumada a proteção ao direito às liberdades individuais, em virtude dos abusos perpetrados em detrimento de crianças e mulheres ao tempo da revolução industrial, chegou-se ao consenso de que a postura absenteísta por parte do Estado

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 289-290).

não era suficiente para se garantir o desenvolvimento, em níveis dignos, de todas as faculdades e potencialidades do ser humano.

Para além de sua abstenção em áreas particularmente sensíveis, de que são exemplos a vida e a propriedade privada, deveria o Estado adotar postura comissiva para fins de corrigir as distorções resultantes do liberalismo econômico, que culminou na ampla exploração de parcela vulnerável da sociedade (exemplo: crianças e mulheres), e criar um ambiente de prevalência da igualdade em sua acepção material, para que, dessa forma e finalmente, fosse possível a plena realização e proteção da sociedade.

Como consequência desse processo histórico, surgem os direitos sociais, direitos humanos de segunda dimensão ou, simplesmente, direitos à prestação.²

Em relação a essa nova categoria de direitos, continuam as ilações do professor Paulo Gustavo Gonet Branco no sentido de que:

Enquanto os direitos de abstenção visam assegurar o status quo do indivíduo, os direitos a prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, com isso estabelecendo moldes para o futuro da sociedade. Os direitos a prestação partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. Figuram direitos de promoção. Surgem da vontade de estabelecer uma igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política. São direitos que se realizam por intermédio do Estado.³

O direito à previdência social se insere justamente dentre os direitos sociais, pois cria-se a noção de que os infortúnios da vida, como doenças, temporárias ou definitivas, e a morte, não podem ser suportados, com exclusividade, pela família ou pela comunidade religiosa respectiva, sendo necessário que o Estado chame para si a responsabilidade de criar uma rede, ainda que mínima, de proteção aos seus nacionais, de sorte a protegê-los dos percalços aos quais o destino a todos expõe, mormente em épocas de sociedade de risco.⁴

² Extrapolando ao objeto do estudo, mas para fins complementares, impende ressaltar que já é aceita, pela doutrina e jurisprudência nacionais, a existência da categoria dos direitos humanos de terceira dimensão, que abarcam os direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos). Além disso, hoje se discute acerca da existência de direitos de quarta e quinta gerações, mas não há consenso acerca de quais direitos estariam abarcados em cada qual das categoriais. De modo geral, fala-se em biotecnologia e engenharia genética (quarta geração) e informática e softwares (quinta geração).

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 291-292.

⁴ SALLES, Raquel Bellini. *A cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 97 FORMATE TODAS AS DEMAIS REFERÊNCIAS NESSE PADRÃO, para quem “a sociedade atual caracteriza-se por ser uma sociedade tipicamente de risco (...) a relevância de se abordarem esses novos riscos consiste no fato de que eles se formam no seio do próprio processo de modernização e apresentam-se à consciência social nos seus efeitos secundários, muitas vezes catastróficos a longo prazo e não delimitáveis pelas coordenadas do tempo e do espaço, tornando-se, assim, transgeracionais e transfronteiriços.”

Dessa forma, conceitua-se a previdência social justamente como um conjunto de medidas e ações, de natureza governamental ou privada, que se prestam a proteger o indivíduo e sua família, através da minoração das consequências nefastas decorrentes de eventos futuros, certos ou incertos, que poderão comprometer-lhe a capacidade laborativa ou ceifar-lhe a própria vida.

Nas palavras de Daniel Machado da Rocha:

Os regimes previdenciários são instituídos com a finalidade de garantir aos seus beneficiários a cobertura de determinadas contingências sociais. Em sua essência, as normas buscam amparar os trabalhadores e seus dependentes quando vitimados por eventos, reais ou presumidos, que venham a produzir uma perda integral ou parcial dos rendimentos familiares ou desertem outra necessidade considerada socialmente relevante⁵.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à previdência social consta expressamente dos artigos 6º, 201 e 202, todos da Constituição da República de 1988. A bem da verdade, no Brasil, a Previdência Social compõe uma tríade, acompanhada pela Assistência Social e pela Saúde, que dá forma ao gênero Seguridade Social, disciplinado pelos artigos 194 e 195 do mesmo texto republicado.

1.2 Princípios da Previdência Social

Conforme demonstrado acima, a previdência social é espécie do gênero Seguridade Social, daí porque seus princípios informadores encontram-se tipificados nos artigos 194 e 195 da Carta da República, que, como afirmado, regulam a Seguridade Social.

1.2.1 Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento

O princípio em questão, disciplinado ao teor do art. 194, inciso I, da Constituição Federal, orienta o legislador no sentido de que a rede de proteção (previdência social) deve abarcar o maior número possível de riscos sociais aos quais os segurados se expõem diuturnamente em suas atividades laborativas, de modo a proteger-lhes com maior intensidade (subprincípio da universalidade da cobertura). O subprincípio da universalidade do

⁵ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 31

atendimento, por sua vez, é indicativo de que a Seguridade Social deve alcançar, observada a reserva do financiamento possível⁶, toda a população nacional.

É necessário que se observe que os princípios em questão orientam não apenas a previdência social, mas também a assistência social e a saúde. Assim é que não se pode pretender, com fundamento no subprincípio da universalidade do atendimento, que o Estado ofereça proteção previdenciária, gratuitamente, a todos os seus nacionais. Afinal, a previdência social reveste-se, por evidentes motivos de caixa, de natureza contributiva, somente se disponibilizando, portanto, àqueles que verterem contribuições ao respectivo órgão mantenedor.

Nesse sentido, o professor Fábio Zambitte preleciona que “esse princípio (universalidade de cobertura e atendimento) possui dimensões objetiva e subjetiva, sendo a primeira voltada a alcançar todos os riscos sociais que possam gerar o estado de necessidade (universalidade de cobertura), enquanto a segunda busca tutelar toda a pessoa pertencente ao sistema protetivo (universalidade de atendimento).”⁷

Sem embargo, a sociedade hipossuficiente, e que, portanto, não integram quaisquer dos regimes de previdência, não ficará de todo desamparada, pois é certo que Assistência Social e a Saúde, justamente com fundamento na solidariedade que lhes é inerente, dispensa, para fins de acesso aos seus serviços, qualquer prestação de natureza contributiva.

1.2.2 Princípios da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

Os princípios da seletividade e distributividade se apresentam como balizadores da aplicação dos subprincípios acima explicitados.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1420, para quem “os artigos 196 e 205 da nossa Constituição, a proclamarem que tanto a saúde quanto a educação são direitos de todos e deveres do Estado, normas-tarefas ou meramente programáticas cuja concretização fica a depender das forças do Erário, como diziam os clássicos das finanças públicas. De mais a mais, e nisso reside um aspecto crucial do problema, a alocação de recursos públicos para a implementação desses direitos pressupõe – além de uma economia forte - , a difícil decisão política de ratear os poucos recursos disponíveis de modo a poder dispensar um mínimo de atendimento aos mais necessitados, situação crítica que nos países periféricos configura o que muitos denominam círculo vicioso da miséria, pois é precisamente aí, onde faltam recursos para atendê-las, que se mostram mais dramáticas as carências sociais.”

⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 17ª edição. Niterói: Impetus, 2012, p. 62.

É que, se por um lado, o subprincípio da universalidade da cobertura sugere que todos os riscos sociais sejam abarcados pela Seguridade, por outro, o princípio da seletividade orienta que sejam selecionados especificamente os riscos de maior relevância e interesse por parte da sociedade, até porque inviável a extensão da rede protetiva a todo e qualquer risco ao qual se expõe o cidadão brasileiro, já que patente a indisponibilidade orçamentária para tanto.

Se o subprincípio da universalidade do atendimento preceitua que todos devem ser alcançados pela Seguridade, o princípio da distributividade indica que, em face da insuficiência de caixa (reserva do financeiramente possível), os destinatários da prestação securitária devem ser selecionados nos termos de uma lógica de estrita necessidade.

1.2.3 Princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços

O princípio em questão apenas pugna pela necessária isonomia que deve ser estabelecida entre os benefícios e serviços prestados aos segurados urbanos e rurais. Em que pese, hoje, inquestionável a necessidade de paridade entre os beneficiários, até porque a igualdade possui petrificado assento constitucional (artigos 5º, inciso I, e 60, §4º inciso IV, ambos da Constituição Federal), não era incomum a discriminação, seja para fins de concessão, seja nos valores dos benefícios, entre os segurados urbanos e rurais, sendo esses últimos reiteradamente prejudicados em assunto previdenciário.

Dessa forma, o princípio em questão (art. 194, inciso II, da Carta Republicana) supera de vez qualquer tentativa, absolutamente inconstitucional, de se pretender o retorno às antigas práticas discriminatórias.

1.2.4 Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios

A irredutibilidade do valor dos benefícios se perfaz em evidente proteção à confiança do segurado, que não pode se ver surpreendido com inesperada redução do valor de seu benefício, pois é certo que muitos de seus compromissos financeiros, ou até mesmo pessoais, foram agendados na expectativa, juridicamente merecedora de tutela, de perceber determinada quantia a título de benefício.⁸

⁸ Persiste na doutrina e na jurisprudência a discussão se o referido princípio incide sobre o valor real ou sobre o valor nominal do benefício previdenciário. A doutrina majoritária inclina-se no sentido de que o princípio em tela se presta a tutelar o valor real do benefício, pois a simples manutenção de seu valor nominal não lhe impede de sofrer a corrosão inflacionária, o que lhe ofende o indiscutível caráter alimentar.

Assim é que não pode o Estado inovar em detrimento das justas e legítimas expectativas do cidadão, pois já lhe incorporam o patrimônio jurídico.

1.2.5 Princípio da equidade na forma de participação no custeio

Prescrito no art. 194, inciso V, da Carta Constitucional, tal princípio tem por objetivo a consecução, em nível previdenciário, do princípio da igualdade, em sua vertente material.

É que tal comando constitucional autoriza o legislador previdenciário a estabelecer formas distintas de participação no custeio da previdência pelos mais variados contribuintes, tudo a depender da capacidade contributiva ostentada por cada qual deles.

1.2.6 Princípio da diversidade da Base de Financiamento

O princípio em questão tem por evidente objetivo criar múltiplas opções e fontes de custeio do sistema securitário, diminuindo, com isso, o risco do comprometimento dos cofres públicos nesse particular, pois muito dificilmente todos os responsáveis pelo custeio da seguridade serão simultânea e irremediavelmente afetados por eventuais oscilações econômicas.

Por esse motivo, há, no Brasil, uma tríplice fonte de custeio da seguridade, composta por empregados, empregadores e governos, cada qual vertendo aos cofres públicos determinadas contribuições, aos moldes previstos na lei 8.212/91.

1.2.7 Princípio do caráter democrático e descentralizado da Administração

O objetivo do princípio em tela é garantir a construção de determinada zona de contato e mútuo apoio entre os envolvidos na relação previdenciária, através do diálogo e divisão de responsabilidades na tomada de decisões em tal seara.

No Brasil, adota-se o modelo de gestão quadripartite, pois composta por empregados, empregadores, governo e aposentados.

Dessa forma, todos contribuem e participam do diálogo de construção e aperfeiçoamento das prescrições previdenciárias, já que a todos interessam.

1.2.8 Princípio da preexistência da fonte de custeio

Previsto no art. 195, §4º, da Carta Política, o princípio em questão indica a preocupação, por parte do Constituinte, com a integralidade do Erário, que não pode ser desfalcado em virtude de promessas, por vezes eleitoreiras e grandiloquentes, de majoração ou criação de benefícios ou serviços sem que haja a respectiva previsão orçamentária.

1.3 As espécies de regimes previdenciários

Conforme já reiteradamente afirmado, a previdência social se perfaz mediante a reunião de ações, benefícios e serviços, que se destinam a proteger o trabalhador dos riscos sociais inerentes e irresistíveis da vida quotidiana.

O grande regime de previdência do sistema jurídico brasileiro é o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, que alberga a totalidade dos empregados, empregados domésticos, avulsos, contribuintes individuais, segurados facultativos e especiais, cujo órgão mantenedor é o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Todavia, ao lado do RGPS, cada ente federativo está constitucionalmente autorizado (art. 40, §13, Constituição Federal) a constituir seu regime próprio de previdência social – RPPS, mas, caso não o façam, os segurados serão imediatamente incorporados ao RGPS.

No entanto, em que pese a relevância do governo nesse particular, existem diversos regimes de previdência que não estão aos cuidados do ente estatal, assumindo caráter complementar ao RGPS ou ao RPPS. Os regimes complementares estão regulados ao teor do art. 202 da Carta Federal.

Assim é que “o regime complementar possui caráter facultativo, já que o ingresso é voluntário, e autônomo, pois a obtenção do benefício complementar independe da concessão da prestação pelos regimes básicos.”⁹

É importante que não se perca de vista que todo aquele que exerce atividade remunerada estará automaticamente vinculado a um regime de previdência, seja ele o geral ou o especial. Assim é que os regimes complementares não excluem a incidência do RGPS ou do RPPS, mas, como o nome sugere, apenas objetivam majorar o valor das prestações previdenciárias.

⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 17ª edição. Niterói: Impetus, 2012, p. 34.

Todavia, é possível que determinado agente se vincule apenas a um regime privado de previdência, desde, é evidente, que não exerça qualquer atividade de natureza remunerada.

Em relação aos regimes complementares, impende destacar que são duas as suas modalidades, quais sejam: o aberto e o fechado.

O regime complementar aberto é aquele que está a disposição de toda e qualquer pessoa, ao passo que o regime complementar fechado exige, para fins de ingresso em seus quadros, a reunião de determinadas condições (ex. ser funcionário de determinada empresa).

1.4 Previdência Social do servidor público federal

A previdência social do servidor público federal encontra-se disciplinada na combinação do artigo 40 da Constituição Federal com os artigos 183 a 230 do estatuto dos servidores públicos federais (Lei nº 8.112/90).

Extrapolando ao objeto proposto para o presente estudo a análise pormenorizada de cada qual dos benefícios previdenciários a que faz jus o servidor público estatutário ou, ainda, dos pressupostos que lhe autorizam a percepção das referidas prestações.

A bem da verdade, dentre os inúmeros benefícios previdenciários destinados ao servidor estatutário, fora pinçado o de aposentadoria, em qualquer de suas modalidades, pelo fato de ser o de maior incidência prática, o que de tudo facilita a exposição da controvérsia jurídica aqui esboçada.

O servidor público estatutário federal pode se aposentar, consoante o art. 40, §1º, da Constituição Federal, de três formas distintas, a saber: por invalidez, compulsória ou voluntariamente.

A aposentadoria por invalidez é destinada àquele portador de enfermidade que total e permanentemente lhe obste o exercício de suas funções, privando-o, em definitivo, de suas faculdades laborativas.

A aposentadoria compulsória é imposta ao servidor que completar os 70 anos em exercício de cargo público, hipótese em que será imediata e inelutavelmente aposentado.

Por fim, a aposentadoria voluntária do servidor público, como a nomenclatura bem o sugere, é produto de opção do servidor, que pode se afastar em virtude de sua idade avançada, pelo período já contribuído ou, por fim, em face da prestação de atividades em condições especiais.

O benefício de aposentadoria por tempo de contribuição é direcionado ao servidor público com idade igual ou superior a 60 anos de idade, sendo 35 de contribuição, se homem, ou 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher. Além disso, exige o texto constitucional, por imposição da EC 20/98, dez anos de serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria.

A seu turno, a aposentadoria por idade se viabiliza ao servidor do sexo masculino com 65 anos de idade ou, se do sexo feminino, com 60 anos.

Finalizando, a aposentadoria especial é destinada ao servidor que trabalhou sob condições diferenciadas, geralmente em situação de risco à saúde física ou mental, e que justamente por isso são agraciados, a depender do nível de exposição a que estiveram expostos, com pressupostos mais flexíveis e elásticos para que passem à inatividade.

2 O ATO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DA APOSENTADORIA AO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL

2.1 A classificação dos atos administrativos

Ato administrativo é o modo pelo qual a Administração Pública, ou o particular investido na função pública, externa ou declara sua manifestação de vontade, sob o regime de direito público e sempre em ordem a produzir efeitos jurídicos.

Na clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, ato administrativo “é a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes), no exercício de prerrogativas públicas, manifestadas mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”¹⁰

Os professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo não destoam de tal definição, afirmando que se trata de “manifestação ou declaração da administração pública, nesta qualidade, ou de particulares no exercício de prerrogativas públicas, que tenha por fim imediato a produção de efeitos jurídicos determinados, em conformidade com o interesse público e sob regime predominante de direito público.”¹¹

Em que pesem as inúmeras classificações dos atos administrativos, nas quais a doutrina ainda não chegou a um consenso¹², interessa ao objeto do presente estudo a tipificação quanto à composição da vontade produtora do ato, pela qual pode-se classificá-lo como sendo de natureza simples, composta ou complexa.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010, p.385

¹¹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. São Paulo: Método, 2010, p. 428.

¹² A doutrina administrativista não apresenta discurso uníssono no que toca à classificação dos atos administrativos. Todavia, para fins didáticos e complementares, é importante que se colacione aquela tipificação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello. De acordo com o autor, os atos administrativos podem ser classificados da seguinte forma: “a) quanto à natureza da atividade: (1) atos da administração ativa; (2) atos de administração consultiva; (3) atos de controle; (4) atos de administração verificadora; (5) atos de administração contenciosa. b) quanto à estrutura do ato: (1) atos concretos; (2) atos abstratos. c) quanto aos destinatários do ato: (1) atos individuais; (2) atos gerais. d) quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática: (1) atos discricionários; (2) atos vinculados. e) quanto à função da vontade administrativa: (1) atos negociais ou negócios jurídicos; (2) atos puros ou meros atos administrativos. f) quanto aos efeitos: (1) atos constitutivos; (2) atos declaratórios. g) quanto aos resultados sobre a esfera jurídica dos administrados: (1) atos ampliativos; (2) atos restritivos. h) quanto à situação de terceiros: (1) atos internos; (2) atos externos. i) quanto à composição da vontade produtora do ato: (1) atos simples; (2) atos complexos; (3) atos compostos. j) quanto à formação do ato: (1) atos unilaterais; (2) atos bilaterais. l) quanto à natureza das situações jurídicas que criam: (1) atos-regra; (2) atos subjetivos; (3) atos-condição. m) quanto à posição jurídica da Administração: (1) atos de império; (2) atos de gestão.

Ato administrativo simples “é aquele que é produzido pela declaração jurídica de um único órgão”¹³, seja ele singular ou colegiado.

Entende-se por ato complexo aquele cuja existência e validade estão condicionadas à necessária fusão de duas distintas manifestações de vontade, expedidas por órgãos díspares, que formarão um único e aperfeiçoado ato.

Por tal motivo, somente se considera aperfeiçoado o ato complexo depois de verificada a combinação das manifestações exaradas pelos respectivos órgãos administrativos, de modo que não se pode contestá-lo sem que, antes, tenha-se adimplido tal condição (manifestação de todas as vontades relevantes), já que o ato, até então, não estava formado.

É composto o ato administrativo quando seu conteúdo depender da manifestação de um único órgão, embora a produção de seus efeitos esteja subordinada, de alguma forma, à apreciação de um segundo órgão. Importante destacar, por esse motivo, que o ato composto já nasce perfeito e acabado, de modo que a ulterior ratificação tão apenas lhe expande o conteúdo eficaz, em nada afetando-lhe, portanto, nos requisitos de existência e validade.

Com efeito, o ato administrativo composto é, a rigor, resultado da combinação de dois diferentes e acabados atos, um de natureza principal e outro de cunho meramente acessório. É por esse motivo que o ato composto poderá ser questionado, administrativa ou judicialmente, logo quando exarado pelo primeiro órgão, pois, a partir de então, já integra, em sua inteireza, o mundo jurídico.

2.2 A natureza jurídica do ato concessório da aposentadoria ao servidor público federal

Nesse ponto, inicia-se a controvérsia de que propriamente se dedica o presente estudo.

Afinal, a jurisprudência brasileira encontra-se em processo de pacificação no sentido de que o ato administrativo de concessão do benefício de aposentadoria, em qualquer de suas modalidades, ao servidor público reveste-se de natureza complexa¹⁴, já que depende da combinação entre a concessão inicial por parte do órgão mantenedor e a ulterior chancela e

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010, p.427

¹⁴ MS 25.440/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, 15.12.2005; MS 24.728/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, 3.8.2005; MS 24.754/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18.2.2005; MS 24.997/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 1.4.2005.

registro pelo Tribunal de Contas da União, em exercício de sua competência constitucional de controle externo, ao teor do que dispõe o art. 71, inciso III, do texto republicado máximo.¹⁵

Assim é que a jurisprudência conclui, larga e majoritariamente, que o ato concessório do benefício de aposentadoria do servidor público é resultado da fusão do entendimento de dois distintos órgãos, a saber: o órgão da Administração Pública ao qual está vinculado o servidor que pleiteia a aposentadoria e o Tribunal de Contas da União – TCU. Logo, o ato concessório é único, que somente pode ser considerado aperfeiçoado, pronto e acabado depois de levado a efeito o seu registro pela Corte de Contas.

As consequências de se atribuir, ao ato concessório, natureza complexa serão pormenorizadamente apreciadas abaixo.

¹⁵ Art. 71: O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: inciso III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, da 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.

3 O PRAZO DECADENCIAL PARA A ANULAÇÃO DO BENEFÍCIO

3.1 A prescrição/decadência administrativa

O princípio do Estado de Direito pode ser diretamente extraído do artigo 1º da Carta Constitucional brasileira de 1988, que textualmente prescreve ser a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito.

Com efeito, entende abalizada doutrina constitucionalista que a segurança jurídica é “subprincípio do Estado de Direito, daí porque assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe o papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.”¹⁶

Atento ao fundamento próprio do Estado, o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (decreto-lei 4.657/42) orienta o aplicador do direito no sentido de que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

Os institutos jurídicos da prescrição e decadência, a despeito de suas diferenças conceituais, se prestam justamente a assegurar a estabilização das situações e expectativas originadas pelo decurso temporal, na medida exata em que fulminam a pretensão (prescrição) ou o direito (decadência) daqueles seus titulares que não o exercitaram dentro de razoável lapso temporal.

Pode-se, com isso, estabelecer evidente e inquestionável nexos de interdependência entre prescrição, decadência, segurança jurídica e, conseqüentemente, Estado de Direito.

Analisando a legislação nacional, é fácil concluir que o legislador brasileiro há tempo demonstra alguma preocupação em estabelecer prazos fatais para a manifestação, acerca de assuntos quaisquer, da Administração Pública, sob pena de o não exercício, a tempo e modo, de tal faculdade ser penalizado pela impossibilidade de fazê-lo ulteriormente.

Certo é que desde o ano de 1965, com a edição da Lei da Ação Popular (nº 4.717/65), o legislador brasileiro passou a estabelecer o quinquênio como marco razoável e fatal para que a Administração Pública se manifeste para pretender o que lhe convenha, depois do qual se consolida o estado de coisas então existente.

A esse respeito, o professor Almiro do Couto e Silva: “Cremos que, desde a vigência da Lei da Ação Popular o prazo prescricional das pretensões invalidantes da Administração Pública, no que a seus atos administrativos é de cinco anos”.¹⁷

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 532-533.

Nessa toada, convém destacar que o prazo prescricional administrativo de cinco anos fora reafirmado em diversas oportunidades pelo legislador brasileiro, inclusive o Constituinte Originário.

Desse modo, é de cinco anos o prazo para a Fazenda Pública constituir e cobrar judicialmente os créditos fiscais¹⁸; para fins de usucapião extraordinário¹⁹; para fins de cobrança de créditos trabalhistas²⁰, bem como para a aquisição de estabilidade dos servidores que compunham os quadros públicos, à época da promulgação da Constituição de 1988, a despeito de prévio concurso público de provas e títulos, na forma do art. 37 do texto constitucional.²¹

Todavia, somente com a edição da Lei do processo administrativo federal (nº 9.784/99) é que o prazo para a manifestação da Administração Pública fora, em definitivo, fixado em 05 anos, além do que se definiu sua natureza decadencial.

3.2 O artigo 54 da lei número 9.784/99

O artigo 54 da Lei nº 9.784/99 possui a seguinte redação:

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.

¹⁷ SILVA, Almiro do Couto. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública em relação a seus atos administrativos. In: Revista de Direito Administrativo. Abr./jun. 1996. Rio de Janeiro, 204:21-31.

¹⁸ “Artigo 173 (Código Tributário Nacional): O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos (...)”

¹⁹ “Artigo 183 (Constituição Federal): 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.”

²⁰ “Artigo 7º, inciso XXIX (Constituição Federal): 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.”

²¹ “Art. 19 (ADCT) 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.

O estabelecimento normativo do prazo decadencial para a manifestação da Administração Pública encerrou de vez a controvérsia acerca da possibilidade, ou não, de as situações e expectativas jurídicas se consolidarem em virtude da inércia do poder público.

Em estudo pormenorizado acerca do instituto da decadência administrativa, o professor Almiro do Couto e Silva acentua que:

À luz desses pressupostos, é irrecusável que o prazo do art. 54 da Lei nº 9784/99 é de decadência e não de prescrição. O que se extingue, pelo transcurso do prazo, desde que não haja má fé do interessado, é o próprio direito da Administração Pública federal de pleitear a anulação do ato administrativo, na esfera judicial, ou de ela própria proceder a essa anulação, no exercício da autotutela administrativa. Esse prazo não é passível de suspensão ou interrupção, como geralmente sucede, aliás, com os prazos decadenciais. De outro lado, - insista-se - não existe pretensão à invalidação³⁸, pois nada há exigir no comportamento da outra parte, como também nenhum dever jurídico corresponde ao direito a invalidar, o que já se ressaltou ser traço característico dos direitos formativos. 22. Alguns têm sustentado, em interpretação muito acanhada da Lei nº 9784/99, que a decadência do direito à anulação só operaria no âmbito da autotutela administrativa, mas que o Poder Público, após o transcurso do prazo do art. 54, teria ainda a possibilidade de pleitear a decretação da invalidade perante o Poder Judiciário.

Ora, o que perece, o que é inexoravelmente extinto pela decadência é o próprio direito à anulação, não importa em que âmbito seja ele exercido, se na esfera da Administração Pública ou na do Poder Judiciário.²²

Não subsiste dúvida, portanto, de que a Administração Pública se submete a prazo fatal de manifestação, depois do qual se consolidam o estado de coisas então existente, excetuadas as hipóteses em que verificada a má-fé do administrado.

Contudo, interessa ao objeto do presente estudo a determinação do termo inicial do prazo decadencial de cinco anos de que dispõe o poder público para anular o ato administrativo de concessão do benefício previdenciário de aposentadoria ao servidor público.

É que, conforme definido acima, a jurisprudência nacional inclina-se no sentido de considerar que o ato concessório do benefício ostenta natureza complexa, de modo que sua perfeição jurídica está condicionada à combinação da manifestação do órgão do Poder Público concedente do benefício e seu ulterior registro e aprovação por parte do Tribunal de Contas da União.

²² SILVA, Almiro do Couto. 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 processo administrativo da União. In: Revista de Direito Administrativo. Abr./jun. 1996. Rio de Janeiro, 204:21-31.

Por esse motivo, considerando que o ato somente ingressa no mundo jurídico depois de submetido ao registro pela Corte de Contas, é esse o momento (registro) em que se inicia o lustro decadencial de cinco anos.

Assim, é desinteressante, para fins da deflagração do quinquênio decadencial, a data em que o benefício começou a ser percebido pelo servidor público.

Todavia, esse entendimento, por diversas vezes confirmado pelos tribunais brasileiros, resulta na possibilidade de cancelamento de benefícios que já estavam sendo percebidos há mais de dez anos, mas que ainda não haviam sido submetido ao controle externo do TCU.

3.3 A posição do Supremo Tribunal Federal

A questão, de tão tormentosa, não tardou a ser levada à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal – STF, que, no Mandado de Segurança nº 25.116/DF, pacificou a matéria em ementa assim publicada:

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. (MS 25116, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-01 PP-00107)

Pelo que se infere da emenda acima transcrita, a Suprema Corte brasileira chegou ao entendimento de que, em observância ao princípio da segurança jurídica, o Tribunal de Contas da União possui, a contar da percepção inicial do benefício por parte do servidor público, o prazo de cinco anos para que aprove e registre o benefício de aposentadoria, lapso após o qual será obrigado a convocar o beneficiário para que exerça seus direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa.

Em outras palavras: caso o TCU se manifeste antes de transcorrido o prazo de cinco anos, torna-se desnecessária a convocação do segurado para que participe do procedimento de homologação e registro de seu benefício, pelo que pode se ver surpreendido com o cancelamento da prestação. No entanto, caso a Corte de Contas não se manifeste no prazo de cinco anos, a contar da percepção inicial do benefício, então é o caso de se permitir que o servidor público seja, antes de se ver tolhido da percepção previdenciária, ouvido e contraditado.

Com efeito, o prazo de cinco anos a que se referiu o STF não é aquele disposto no art. 54 da lei nº 9.784/99, pois não se trata de decadência administrativa em detrimento do TCU. Assim, a Corte confirmou, ainda que de maneira indireta, que o prazo decadencial do referido artigo 54 somente começa a fluir depois da chancela final do TCU.

Dessa forma, continua sendo possível que o servidor público seja privado de seu benefício mesmo depois de regularmente o fruir por anos a fio, desde que se lhe assegure, caso superado o prazo de cinco anos de percepção do benefício, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Fundamentando a tese chancelada ao final, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, invocaram a redação da súmula vinculante número 3²³, a qual

²³ Súmula vinculante número 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, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.”

dispensa a oitiva prévia do segurado no processo administrativo, desenvolvido no TCU, no qual se aprecia a legalidade da concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão.

4 NEOCONSTITUCIONALISMO

4.1 Linhas conceituais

O Direito há séculos se desenvolve sob a tensão dialética entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Aquele se preocupa em estabelecer a ligação entre direito e moral, preconizando que as normas jurídicas devem contemplar pautas jusfilosóficas, ao passo que esse apresenta proposta de divórcio absoluto e integral entre direito e moral, sendo certo que as normas jurídicas, a fim de garantir segurança aos seus destinatários, devem ser desprovidas de quaisquer valorações de índole moral.

Com efeito, em face das barbáries perpetradas ao longo da II Guerra Mundial, iniciou-se um processo de resgate do jusnaturalismo, já que evidentemente se presta a ampliar o espaço de tutela e promoção dos direitos intrinsecamente humanos, pois não se olvide que as atrocidades nazistas foram levadas a efeitos sob o crivo legal.

No entanto, “o renascimento do jusnaturalismo na segunda metade do século XX foi bastante fugaz. Como o direito natural só podia se basear em fundamentação metafísica, ele não mais se sustentava em sociedades plurais, nas quais vigoram múltiplas concepções acerca do bem, inúmeras identidades particulares, diversos projetos de vida. Por isso, a tentativa de resgate do jusnaturalismo acabou abandonada, mas as inquietações provocadas pela crise do positivismo jurídico se mantiveram acesas. Muitas têm sido as propostas formuladas desde então para oferecer uma alternativa consistente ao Direito, sem retroceder, contudo, ao antigo dilema entre positivismo e jusnaturalismo. Nesse cenário, pode ser identificada a emergência de um novo paradigma jusfilosófico, que tem sido chamado de pós-positivismo, que se caracteriza por buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo.”²⁴

Percebe-se, assim, que o pós-positivismo se apresenta como teoria jusfilosófica intermediária entre o jusnaturalismo e o positivismo, na medida exata em que prestigia pautas morais, impregnadas de intensa carga valorativa, mas o fazem através de normas-princípios, não se desgarrando, por completo, portanto, do ordenamento jurídico escrito.

Em sede constitucional, mormente em cartas prolixas e fortemente influenciadas por princípios semântica e axiologicamente abertos, como é o caso da Constituição brasileira

²⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 201.

de 1988, o pós-positivismo redundou na elaboração de um novo projeto constitucional, ao qual emprestou-se a nomenclatura de neoconstitucionalismo.

O professor Daniel Sarmento bem sintetiza os elementos informadores da teoria neoconstitucionalista:

- a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.;
- c) constitucionalização do Direito, com a irradiação de normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e
- e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.²⁵

Da exposição acima disposta extrai-se que é da essência neoconstitucionalista a irradiação dos princípios e valores constitucionais sobre os demais ramos jurídicos componentes do universo jurídico brasileiro, em ordem a que bem se promova uma releitura dos institutos jurídicos nacionais à luz das prescrições constitucionais.

Ademais, preceitua a teoria em questão que os princípios constitucionais ostentam inegável força normativa, pelo que podem ser invocados e aplicados ao caso concreto a despeito da existência de regra jurídica intermediária.

Sobre o tema, o professor Luís Roberto Barroso pontua que “em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

²⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 205.

Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.”²⁶

²⁶ V. Luís Roberto Barroso, Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. In: Temas de Direito Constitucional, t. I, 2002.

5 NEOCONSTITUCIONALISMO E A REVISÃO DO ATO CONCESSÓRIO DA APOSENTADORIA AO SERVIDOR

5.1 Releitura dos institutos jurídicos

O presente estudo tem por objetivo revisitar a decisão a que chegou o Supremo Tribunal Federal à luz da teoria neoconstitucionalista, por entender que a Corte Suprema decidiu em desarmonia às prescrições constitucionais aplicáveis à espécie.

Esse trabalho propõe uma releitura, agora aos termos constitucionais, dos institutos jurídicos processuais, administrativos e previdenciários que estão envolvidos na controvérsia.

5.2 Segurança jurídica

Nos termos delineados acima, entende a doutrina constitucionalista que o princípio da segurança jurídica é consequência inevitável do reconhecimento da existência de um Estado de Direito, conforme expressamente previsto no artigo primeiro da Constituição Federal.

A ideia de se prestigiar a segurança jurídica é justamente para que se evite que o administrado seja surpreendido com atitudes e posturas inesperadas do Poder Público, pois é certo que a confiança, nos tempos atuais, é bem jurídico passível de promoção e tutela jurídica, daí porque indisponível aos caprichos dos exercentes do poder estatal.

A segurança jurídica (princípio da não surpresa), dessa forma, destina-se à mais ampla e irrestrita proteção da confiança dos sujeitos, que já não mais, desde a ascensão dos direitos às liberdades públicas negativas, estão à mercê da atuação estatal.

Nesse particular, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que “o princípio da ‘segurança jurídica’, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito é, indisputavelmente, um dos mais importantes. Posto que um altíssimo porcentual das relações compostas pelos sujeitos de direito constitui-se em vista do porvir, e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio

social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações dessarte constituídas.”²⁷

No mesmo sentido, o professor Almiro do Couto e Silva, para quem “faz-se, modernamente, a correção de algumas distorções do princípio da legalidade da Administração Pública, resultantes do esquecimento de que sua origem radica na proteção dos indivíduos contra o Estado, dentro do círculo de conquistas liberais obtidas no final do século XVIII e no início do século XIX, e decorrente, igualmente, da ênfase excessiva no interesse do Estado em manter íntegro e sem lesões seu ordenamento jurídico. Aos poucos, foi-se insinuando a ideia de proteção à boa-fé ou da proteção à confiança, a mesma ideia, em suma, da segurança jurídica, cristalizada no princípio de irretroatividade das leis ou no de que são válidos os atos praticados por funcionários de fato, apensar de manifesta incompetência das pessoas que deles emanaram.”²⁸

Conforme demonstrado acima, a ideia de segurança jurídica justificou o estabelecimento de prazos fatais para a atuação do administrador, sendo certo que interessamos, em particular, aquele previsto no art. 54 da Lei do processo administrativo federal.

Sem embargo, é certo que condicionar a deflagração do termo inicial do quinquênio decadencial à prévia manifestação do TCU fragiliza, por completo, a ideia de segurança jurídica, se não a própria essência do art. 54 da referida Lei.

Afinal, a preocupação em que se estabelecer prazos definitivos para que a Administração se manifeste é resultado da necessidade de se informar ao administrado, com exatidão, qual é o limite temporal de sua instabilidade jurídica, pois é certo que, superado tal prazo, consolida-se o ato administrativo, ainda que ilegal.

Dessa forma, a resposta a que chegou o STF, admitindo que o quinquênio decadencial se inicia somente depois da atuação do TCU, vai de encontro à proteção constitucional conferida à segurança jurídica e, portanto, ao próprio fundamento do Estado de Direito.

Persistindo a orientação perfilhada pelo STF, será possível que o servidor público se veja surpreendido com o cancelamento de seu benefício mesmo após anos de sua regular fruição.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante os atos estatais. In: *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

²⁸ SILVA, Almiro do Couto. 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 processo administrativo da União. In: *Revista de Direito Administrativo*. Abr./jun. 1996. Rio de Janeiro, 204.

Exemplifica-se: o sujeito A iniciou a percepção de sua aposentadoria no ano de 1995. Todavia, considerando que não há prazo decadencial para que o TCU se manifeste, é possível que no ano de 2005 o TCU conclua pela ilegalidade do ato concessório inicial, em ordem a interromper-lhe o pagamento ao servidor, que por diversas vezes pode se ver obrigado a retornar à atividade. Afinal, seguindo-se o raciocínio do STF, somente a partir de 2005 é que o prazo de cinco anos (art. 54 da lei nº 9.784/99) começaria a fluir, consumando-se a decadência no longínquo ano de 2010, quando, percebe-se, superados quinze anos de “aposentadoria”.

A exigência, estabelecida pelo STF, de que se assegure ao administrado, quando entre a percepção inicial do benefício e a manifestação do TCU tenha decorrido período superior a cinco anos, o exercício do contraditório e da ampla defesa não minimiza as graves ofensas perpetradas em detrimento da segurança jurídica.

Afinal, a proposta do prazo decadencial do art. 54 é justamente o de consolidar, no mundo jurídico, o ato jurídico ilegal, que passaria, portanto, a produzir seus efeitos de maneira contínua e perfeita.

É evidente, assim, que de nada adianta, para fins de tutela da segurança jurídica, o exercício do contraditório e ampla defesa por parte do servidor, pois na expressiva maioria das vezes o TCU anulará o benefício que, de fato, fora ilegalmente concedido. Mas, reitera-se, a ideia subjacente à decadência é a de justamente consolidar, retificar e convalidar atos administrativos ilegais.

Assim é que o abalo experimentado pela segurança jurídica é decorrência do cancelamento do benefício após décadas de sua percepção, e não do não exercício do devido processo legal, de sorte que a proposta formulada pelo STF, ao contrário do que parece, em nada prestigia a segurança jurídica.

Não se olvide, ademais, que o ato administrativo “goza de uma presunção de legitimidade, até prova em contrário. Pressupõe-se que foi expedido na conformidade do Direito. É compreensível que assim seja. Exatamente porque sua função é executar a lei manifestando um dos ‘Poderes do Estado’, desfruta deste crédito de confiança para cumpri-la expeditamente.”²⁹

Desse modo, considerando não apenas a segurança jurídica, mas também a presunção de legitimidade na qual se encontram investidos os atos administrativos, não pode o administrado que de boa-fé recebe o benefício, pois o art. 54 excepciona os casos de má-fé,

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ato Administrativo e Direito dos Administrador, São Paulo: RT, 1981, p.24.

ser ulteriormente surpreendido pela Administração Pública, especialmente quando não se lhe oportuniza o contraditório e a ampla defesa.

A partir do instante em que o servidor inicia a percepção das prestações previdenciárias ele passa a se considerar, para todos os efeitos, como se aposentado fosse, seja porque desconhece a necessidade de posterior chancela e registro pelo TCU, seja, ainda, pelo fato de que confia na lisura e correção jurídica do órgão administrativo que lhe alçou à inatividade.

Por fim, cabe destacar que, para além das consequências negativas sobre a segurança jurídica e o Estado de Direito, a situação, tal qual se encontra, acarreta em invidiosa ofensa ao direito constitucional à propriedade privada (artigo 5º, inciso XXII, CF/88)³⁰

É que submeter o servidor público, já “aposentado”, à autotutela administrativa por prazo indeterminado, por incurrir-lhe receio de futuramente se ver privado do benefício, acaba impedindo-o de livremente dispor de seu patrimônio.

Diante de tudo quanto exposto, é certo que a segurança jurídica e o direito constitucional à propriedade privada seriam melhor, e mais amplamente, tutelados caso se firmasse entendimento de que o termo inicial do lustro decadencial do multicitado art. 54 é o dia em que o servidor público receber a primeira parcela a título de aposentadoria, donde conclui-se que, sob tais fundamentos, a decisão final do STF não ultrapassa o filtro histórico, teórico e jusfilosófico do neoconstitucionalismo.

5.3 Supremacia do interesse público sobre o privado

O professor Hely Lopes Meirelles ensina que “o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares. Essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados.”³¹

Poder-se-ia argumentar que o princípio em questão justifica o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, pois o interesse público, consistente na proteção do erário (através da anulação de atos concessórios ilegais), assumiria posição de prevalência

³⁰ Artigo 5º, inciso XXII, CF “é garantido o direito de propriedade.”

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 35ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 101.

quando em confronto com o direito do servidor/administrado à previdência, à segurança jurídica e à propriedade privada.

No entanto, em que pese o reconhecimento pacífico desse princípio em seara administrativa³², é certo que a doutrina do neoconstitucionalismo, por reconhecer a força normativa dos princípios constitucionais, acaba por emprestar-lhe conotação mais elástica, rejeitando, dessa forma, sua utilização imoderada, mormente quando em confronto com direitos revestidos de fundamentalidade constitucional.

Assim, rejeita-se a aplicação irrestrita do princípio geral administrativo, até então inquestionável, da supremacia do interesse público sobre o privado, por se entender, dentre outras razões, não ser possível que, em um confronto entre direitos constitucionais de idêntica hierarquia (interesse público e direitos fundamentais), se estabeleça aprioristicamente aquele que sempre preponderará, sob pena de vulneração do princípio da proporcionalidade.

Afinal, é justamente isso o que acontece quando se está diante da aplicação de tal princípio no caso em questão, pois sabe-se de antemão qual dos interesses prevalecerá, o que inelutavelmente enfraquece a marcha progressiva e histórica de proteção dos direitos fundamentais.

Para além disso, a doutrina entende que a indeterminação e a dificuldade na definição do que seja o interesse público acaba por fragilizar a proteção dos direitos fundamentais, pois diversas posturas do Poder Público, ainda que desprovidas de fundamento constitucional, poderiam ser facilmente travestidas como sendo de relevante interesse público, a justificar sua imediata sobreposição aos direitos fundamentais do jurisdicionado.

Por todos, o professor Daniel Sarmento apresenta diversos outros argumentos que inviabilizam a utilização imoderada, mormente quando em confronto com direitos fundamentais, do princípio da supremacia do interesse público:

[...] como nem todo interesse público possui berço constitucional, não há como postular sua prevalência irrestrita sobre os direitos fundamentais [...] na verdade, a admissão de cláusulas muito gerais de restrição de direitos fundamentais – como o da supremacia do interesse público – implica também em violação aos princípios democráticos e da reserva de lei, em matéria de limitação de direitos, já que transfere para a Administração a fixação concreta dos limites ao exercício de cada direito fundamental. Ademais, dita indeterminação pode comprometer a sindicabilidade judicial

³² O presente trabalho não tem por objetivo propor que se afaste, por completo, a incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pois é inegável a sua relevância para o direito administrativo, como, por exemplo, para justificar a existência de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, que autorizam que o poder público promova alterações de forma unilateral.

dos direitos fundamentais, por privar os juízes de parâmetros objetivos de controle.³³

Assim é que o princípio da supremacia do interesse público, *de per si*, não é fundamento bastante para que se autorize a supressão de direitos fundamentais.

5.4 Princípio da dignidade da pessoa humana

Sofismas à parte, é certo que a Constituição de 1988, seguindo a tendência do pós-segunda guerra mundial e rompendo visão estadocêntrica então reinante, situou a pessoa humana na posição de maior relevo na ordem democrática nacional. De modo a sacramentar tal prestigiosa opção, o legislador Constituinte Originário definiu a dignidade, porquanto cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, como fundamento próprio da República (art. 1º, inciso III, CF/88).

É certo que a superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana tem promovido seu enfraquecimento perante os tribunais brasileiros. Afinal, muito se aproveita de seu conteúdo semanticamente aberto e valorativamente indefinido para se justificar toda sorte de pretensões jurídicas.

Por esse motivo, é crucial que não se fuja da, juridicamente complexa, tarefa de buscar a definição de elementos conceituais e parâmetros mínimos para a sua definição, e posterior utilização, nas demandas e controvérsias jurídicas.

Especialmente no que diz respeito aos casos relativos aos desacordos morais razoáveis, nos quais inexistente resposta pré-definida no ordenamento jurídico e que, bem por isso, sua construção há de ser feita através de um processo argumentativo, a dignidade humana tem estado, constantemente, na agenda de juristas e julgadores, tudo de modo a embasar as mais variadas conclusões.

Enfrentando a responsabilidade de definir um conteúdo jurídico mínimo para o princípio da dignidade humana, a professora Maria Celina Bodin de Moraes preleciona que “se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, portanto, do discurso e da ação -, será ‘desumano’, isto é, contrário à dignidade, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto. O substrato material da dignidade assim

³³ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional, in Interesses Públicos vs. Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23/116.

entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: (i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; (ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; (iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; (iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.”³⁴

Assim, pela teoria em questão, compartilhada nesse trabalho, o princípio da dignidade humana é composto por quatro substratos materiais, subprincípios, a saber: liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade.

Adequando-se a classificação ao tema versado, pode-se concluir que a possibilidade de o Tribunal de Contas da União cancelar a percepção do benefício previdenciário de aposentadoria a todo e qualquer tempo acaba por vulnerar três dos substratos materiais componentes da dignidade humana.

Em primeiro lugar, viola-se o princípio da liberdade, na medida em que impede que o servidor desenvolva seu projeto de vida, pessoal e material, da maneira que melhor atenda aos seus interesses e anseios. Afinal, a perspectiva de se ver privado do benefício frustra-lhe a possibilidade de livremente dispor de seu patrimônio ou, ainda, o que pode ser pior, de realizar projetos pessoais de vida, como, por exemplo, se mudar para outra cidade, outro país, se reaproximar da família ou amigos. Enfim, suas decisões serão sobrestadas, e não se sabe exatamente por quanto tempo, em virtude da possibilidade de cancelamento do benefício, o que pode acarretar na necessidade de retorno aos quadros públicos. A liberdade do servidor, portanto, será seriamente comprometida.

Por outro lado, a questão, tal como posta e decidida, acarreta em irreversível ofensa ao princípio da igualdade, pois submete o servidor público estatutário, integrante de um Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, a uma situação de instabilidade não suportada aos que pertencem ao RGPS, pois o artigo 103-A da Lei nº 8.213/91 (Lei de planos e benefícios do RGPS) estabelece o prazo fatal de 10 anos para que o INSS reveja o ato concessório do benefício, lapso depois qual se consolida o benefício tal como inicialmente concedido, excetuada a má-fé. Constata-se, pois, que a decisão do STF rompe a igualdade que deveria existir entre os segurados dos mais variados regimes de previdência, até porque o INSS é autarquia pública, sendo de interesse público o seu equilíbrio financeiro e atuarial, consoante o art. 201, caput, da Constituição Federal.

³⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81.

Por fim, mas não menos importante, é evidente que a permissão do cancelamento do benefício a todo tempo, pouco importando se lastreado por prévio exercício do contraditório e da ampla defesa, expõe a perigo a integridade psicofísica do servidor público.

Delineando os contornos do que se pode entender como integridade psicofísica, a professora Maria Celina aduz que se trata de um “amplíssimo direito à saúde, compreendida esta como completo bem-estar psicofísico e social.”³⁵

Portanto, não há dúvida de que o constante receio e preocupação, por parte do servidor, de que seu benefício poderá ser repentinamente cancelado, especialmente quando fruído há menos de cinco anos, hipótese em que o STF dispensa o prévio contraditório, certamente acarreta-lhe em danos psicofísicos, notadamente quando consumada sua preocupação, ou seja, quando a aposentadoria é de fato cancelada e é exigido seu imediato retorno à atividade laborativa.

Por tais motivos, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser invocado à espécie por força do neoconstitucionalismo, é óbice à manutenção do entendimento então firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

5.5 Natureza jurídica do ato concessório

Em tópico precedente do estudo afirmou-se que o Supremo Tribunal Federal conclui pela natureza complexa do ato administrativo concessório do benefício de aposentadoria³⁶, de modo que sua perfeição jurídica fica condicionada à manifestação do órgão da administração ao qual se encontra vinculado o servidor e do Tribunal de Contas da União, sendo esse o termo inicial do quinquênio decadencial, já que, até então, sequer existiria ato administrativo propriamente dito.

Pelo que se percebe, a natureza complexa do ato concessório serviu como argumento principal para a conclusão a que chegou a Suprema Corte.

No entanto, logo na oportunidade do julgamento, o Ministro César Peluso inaugurou divergência para afirmar que o ato administrativo concessório reveste-se de natureza composta, e não complexa, pelo que se aperfeiçoa com a primeira percepção do benefício, e não com sua ulterior aprovação e registro pelo TCU.

³⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 94.

³⁶ Recurso Extraordinário 195.861/ES, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 17.10.1997; e Mandados de Segurança 24.754/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ 18.02.2005; 25.072/DF; 25.090/DF; 25.113/DF, rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJ 27.4.2007, 1º.4.2005 e 06.5.2005; 25.256/PB, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 24.3.2006; e 25.552/DF e 26.085/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 30.5.2008 e 13.6.2008.

Distinguindo atos complexos dos compostos, Hely Lopes Meirelles assevera que “o ato composto distingue-se do ato complexo porque este só se forma com a conjugação de vontades de órgãos diversos, ao passo que aquele é formado pela vontade única de um órgão, sendo apenas ratificado por outra autoridade. Essa distinção é essencial para se fixar o momento da formação do ato e saber quando se torna operante e impugnável.”³⁷

Pelo que se infere da classificação acima proposta, é inegável que o ato concessório da aposentadoria assume feição composta, pois a produção de seus dois principais efeitos (eficácia), quais sejam o afastamento do servidor dos quadros públicos e o início da percepção do benefício previdenciário, é imediata à aprovação do primeiro órgão administrativo.

Dessa forma, não é a posterior atuação da Cortes de Contas a responsável pela atribuição de eficácia ao primeiro ato concessório, pois, repisa-se, os seus efeitos principais já estavam a pleno vigor.

A aprovação e registro da aposentadoria do TCU, portanto, apenas influencia no plano de validade do primeiro ato, e não nos da existência e eficácia.

Com tais considerações, partindo-se da premissa de que primeiro ato concessório já é, de per si, ato administrativo pronto e acabado, estando apto a produzir todos os seus ordinários efeitos, e que, portanto, o ato do TCU possui natureza autônoma e secundária, é possível a conclusão de que o termo inicial do quinquênio decadencial (art. 54 da lei nº 9.784/99) deve coincidir justamente com o primeiro ato de concessão da aposentadoria.

5.6 A inversão da responsabilidade administrativa

Escapa ao objeto do presente estudo a análise da evolução histórica da responsabilidade civil da Administração Pública.

Todavia, sabe-se, por força do que dispõe o art. 37, § 6º³⁸ da Constituição Federal, que a responsabilidade da Administração rege-se pela teoria do risco administrativo, pela qual

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 35ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171.

³⁸ Art. 37 (Constituição Federal). “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: §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

“faz surgir a obrigação de indenizar o dano o só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço ou retardamento do serviço.”³⁹

A ideia subjacente à teoria do risco administrativo é justamente a de que o administrado não pode ser censurado ou responsabilizado por eventuais deslizes, ainda que não culposos, ou prejuízos que lhe são provocados pela Administração. Na verdade, trata-se de uma opção política e jurídica de nosso Constituinte em chamar para si, enquanto poder público, a responsabilidade, e as obrigações daí resultantes, pela proteção da integridade psicofísica dos cidadãos, não sendo lícito ao ente estatal invocar ou tergiversar acerca de eventos quaisquer para se desobrigar à reparação do dano.

Assim é que não se pode admitir, como argumento juridicamente válido, que se argua o expressivo número de atos concessórios que estão sob a responsabilidade de apreciação pelo TCU para que se autorize a flexibilização do lapso decadencial em seu favor.

É que, quando do julgamento realizado pelo STF, a Ministra Ellen Gracie justificou seu voto, que acabou preponderando na Suprema Corte, no fato de que “o TCU apreciou, de 2005 a 2008, quase 444 mil atos de admissão e de concessão de aposentadoria, pensões e reforma.”⁴⁰

Sem embargo, tal raciocínio está, a rigor, a inverter a ordem de responsabilidade preceituada na Carta Constitucional, pois estar-se-ia a justificar a supressão de importantes direitos fundamentais do cidadão com fundamento exclusivo na complexa, e fática, burocracia estatal.

No entanto, se o Constituinte Originário outorgou a responsabilidade, ao TCU, de apreciar a legalidade e depois registrar os benefícios previdenciários do servidor público (art. 70, CF), é certo que deveria ter-lhe aparelhado adequadamente para tanto, seja através do incremento de pessoal, seja na sofisticação dos instrumentos de análise (ex. informática e softwares, etc.).

O que não se pode admitir é que se invoque a difícil operacionalização do sistema de análise para se justificar a flexibilização de direitos fundamentais do servidor público, até porque a possibilidade de convalidação de benefícios ilegalmente concedidos acaba por integrar ao que se entende por risco administrativo, daí porque deve ser suportada, com exclusividade, pela Administração Pública.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 35ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 626.

⁴⁰ Extraído da íntegra do voto da Ministra Ellen Gracie no Mandado de Segurança nº 25.116/DF, p. 12.

5.7 Devido processo legal

A súmula vinculante número 3⁴¹ do Supremo Tribunal Federal, reiteradamente citada ao longo do julgado apreciado nesse estudo, dispensa o exercício do contraditório e da ampla defesa no procedimento administrativo de análise, pelo TCU, da legalidade do ato concessório da aposentadoria, reforma ou pensão ao servidor público federal.

Com efeito, à época do julgamento, chegou-se ao entendimento de que, se entre o ato inicial e sua apreciação pelo TCU transcorrer prazo superior a cinco anos, é o caso de se relativizar a incidência da súmula vinculante número 3 e se permitir o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo servidor público.

Porém, por tudo quanto exposto no presente estudo, também nesse ponto a decisão do STF merece reparos.

É que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, expressa que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

O professor Fredie Didier Júnior entende que o princípio do contraditório “é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder”, ao passo que o princípio da ampla defesa é “direito fundamental de ambas as partes, consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório.”⁴²

As disposições legais e doutrinárias acima colacionadas nos permite concluir que não se pode admitir, atualmente, que qualquer procedimento, seja ele judicial ou administrativo, se desenvolva ao arrepio dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Assim é que pouco importa o lapso transcorrido entre o deferimento inicial do benefício e o início do procedimento administrativo levado a efeito pelo TCU, pois em todos os casos deve-se oportunizar ao servidor a possibilidade de participação dos atos ali desenvolvidos e praticados, pois é certo que deles podem resultar alterações substanciais em seu projeto de vida.

⁴¹ Súmula vinculante número 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, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.”

⁴² DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 12ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 52.

Desse modo, não há como se conceber a hipótese de o servidor público já “aposentado”, que de boa-fé confia que a Administração Pública é capaz de interpretar a legislação aplicável à espécie, seja surpreendido com o cancelamento do benefício e a exigência de que seja reincorporado aos quadros funcionais públicos.

O Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante número 3 ao argumento de que o procedimento administrativo realizado pelo TCU possui natureza endoadministrativa, pois se desenvolve sob a fiscalização de um órgão (TCU) sobre o outro (responsável pela concessão inicial do benefício), por isso dispensada a prévia oitiva do servidor.

O presente estudo não afasta tal conclusão, pois seria de todo desarrazoado que as centenas de milhares de servidores públicos fossem convocadas para participarem das centenas de milhares de procedimentos administrativos levados a termo pelo TCU, até porque na expressiva maioria deles não haverá nenhuma alteração do status quo do servidor.

O que se propõe, contudo, é que o servidor seja intimado a participar sempre que a Corte de Contas constatar alguma irregularidade no ato concessório, o que pode culminar no cancelamento da prestação, pouco importando o prazo transcorrido entre a percepção inicial e a deflagração do procedimento administrativo no TCU.

Afinal, se o STF admitiu a incidência do contraditório depois de superado o prazo de cinco anos entre a percepção inicial do benefício e a manifestação do TCU, não há razão para que idêntico raciocínio seja utilizado aos casos que em ainda não consumado o lapso quinquenal, até porque a relação que era endoadministrativa não o deixa de ser pelo mero decurso temporal.

Ante o exposto, a proposta é seja suprimida a parte final da súmula vinculante número 3, a fim de que ao servidor público seja assegurado o livre e desembaraçado exercício de seus direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa, como medida de justiça e por força de imperativo neoconstitucionalista, que impõe, conforme alhures pontuado, a incidência de princípios constitucionais em toda sorte de relações jurídicas, dentre as quais se insere aquela estabelecida entre o Regime Próprio de Previdência Social, o Tribunal de Contas da União e o servidor público.

CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal chegou ao entendimento de que o quinquênio decadencial previsto no artigo 54 da lei processo administrativo federal (nº 9.784/99) tem seu termo inicial condicionado à manifestação do Tribunal de Contas da União, que deve apreciar a legalidade do ato concessório e, depois disso, promover o registro da aposentadoria do servidor. A Suprema Corte entende que o ato administrativo de concessão do benefício previdenciário de aposentadoria possui natureza complexa, de modo que sua existência jurídica encontra-se subordinada à dupla manifestação de vontades, a do órgão público ao que se encontra vinculado o servidor e a do Tribunal de Contas da União. É exatamente por isso que o início do prazo decadencial coincide com a manifestação do TCU, pois, até então, não existiria ato administrativo propriamente dito.

Contudo, a partir de uma análise constitucional da controvérsia, o que se pode fazer por força da teoria do neoconstitucionalismo, de cuja essência extrai-se a força normativa dos princípios e a eficácia irradiante da Constituição da República, chega-se a conclusão de que a decisão do Supremo Tribunal Federal, que baliza o Poder Judiciário nacional, viola o princípio da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, além do que implica em inconstitucional inversão de responsabilidade pela morosidade administrativa, que passa ser suportada pelo administrado, e não pelo administrador, como impõe o texto republicano máximo (art. 37, §6º).

Dessa forma, relendo-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado à luz dos direitos fundamentais e partindo-se da inafastável premissa de que o ato concessório da aposentadoria ostenta natureza composta, e não complexa, como faz crer a Suprema Corte, é fácil concluir que o quinquênio decadencial deve se iniciar a partir do instante em que inicialmente deferido o benefício previdenciário ao servidor público, lapso temporal depois do qual se consolida o ato tal como deferido em sua gênese, excetuados os casos em que verificada a má-fé do servidor.

De toda e qualquer sorte, ao servidor público deve ser assegurado o irrestrito, pleno e desimpedido exercício de seus direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa sempre que, no transcurso do procedimento administrativo levado a efeito no TCU, houver a possibilidade de supressão ou alteração das parcelas que recebe a título previdenciário.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20 ed. São Paulo, Método, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **A doutrina brasileira da efetividade**. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v.3.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito**. In: **Temas de Direito Constitucional**, t. I, 2002.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo**. In: BARROSO, Luís (Org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTO E SILVA, Almiro do. **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). RDA, n. 237, 2004.

_____ **Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública em relação a seus atos administrativos.** In: Revista de Direito Administrativo. Abr./jun. 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____ **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 12ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17ª edição. Niterói: Impetus, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 35ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009

MENDES, Gilmar Ferreira. **A proporcionalidade na jurisprudência do STF.** In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.** São Paulo, Celso Bastos, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel (Org). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____ **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

_____ **Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria.** Arquivos de Direitos Humanos, n.4, 2003.

_____ **Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma de previdência.** In: SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: estudos de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____ **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____ **Interesses públicos versus interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional.** In: SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: estudos de direito constitucional.** 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 205.