

O Contraditório e a Invalidação de Ato Administrativo Concessório de Vantagens Pecuniárias a Servidor Público

Lia Almino Gondim

Procuradora do Estado do Ceará (PGE-CE).
Especialista em Direito e Processo Administrativos.

Resumo: A concepção de processualidade administrativa encontra-se hoje consolidada, no sentido de que a participação dos administrados se afigura essencial à tomada de decisões pela Administração Pública. Sem desconsiderar tal aspecto, o presente estudo analisa a possibilidade de se ter um contraditório diferido no âmbito do processo de invalidação de atos administrativos que deferem, sem qualquer respaldo legal, vantagens a servidores públicos. Na verdade, e sem a pretensão de solucionar a questão, apenas se propõe, com fundamento da doutrina e na Lei nº. 9784/99, uma forma de evitar que o patrimônio público sofra com pagamentos indevidos, que, por decorrerem de erro da Administração e terem como beneficiários servidores de boa-fé, são irrepetíveis. Dessa forma, espera-se que este breve ensaio possa, ainda que minimamente, contribuir para a discussão em torno do tema.

Palavras-chave: Invalidação; Ato administrativo; Vantagens; Servidor público; Contraditório.

Abstract: Nowadays the concept of administrative procedure is consolidated in the sense that the participation of the citizens is essential for decision making. Without disregarding this aspect, the present study examines the possibility of having a deferred contradictory when it comes to invalidation administrative acts which accept, without any legal support, benefits to government employees. Indeed, without the intention to resolve the issue, it only proposes, based on the doctrine and the Law nº. 9784/99, a way to prevent damage of the public property with payments, which result from errors by the Administration and have as beneficiaries governments employees in good faith. Thus, it is hoped that this study may contribute to the discussion around the topic.

Keywords: Invalidation; Administrative Act; Pecuniary Benefits; Government Employee; Contradictory.

1. Introdução

Com o amadurecimento das instituições democráticas, o processo, antes restrito à atividade jurisdicional, passou a ser estendido

às demais funções de Estado, sendo atualmente considerado essencial ao próprio exercício da função estatal.

No âmbito administrativo, a sua aplicação faz-se de forma ampla e irrestrita. O presente estudo, entretanto, foca-se no processo de invalidação de ato administrativo que, por erro da Administração, confira, a servidor público, vantagem pecuniária em desacordo com a lei. Trata-se, pois, de modalidade de processo litigioso, no qual há um conflito de interesses entre Administração e administrado.

E a justificativa para a escolha do tema reside na impossibilidade de o erário, constatada a boa-fé do beneficiário, ver-se restituído dos valores despendidos com a prática do administrativo viciado, entendimento este que prevalece hoje na jurisprudência.

Dessa forma, e sem ter a pretensão de abordar todos os aspectos da discussão, examinar-se-á a viabilidade de a Administração, constatada a existência do vício, sustar de logo os efeitos do ato, diferindo-se o contraditório, a exemplo das liminares objeto de decisão judicial, para o momento imediatamente posterior à realização de tal providência.

Para tanto, serão analisados, à luz do ordenamento jurídico e da doutrina pátrios, os princípios processuais previstos na Constituição, com destaque para o contraditório e seus desdobramentos, a invalidação a convalidação de atos administrativos e o processo administrativo de invalidação. Outrossim, serão examinadas algumas decisões judiciais que acabam por dispensar o referido princípio na hipótese aqui retratada.

2. Processualidade Administrativa: Evolução

Antes da década de 50, prevalecia a ideia de que o processo era restrito à atividade jurisdicional. Posteriormente, e na esteira da evolução do Estado democrático, com ênfase para a participação do cidadão na formação da vontade estatal, o processo veio a ser entendido como necessário ao exercício das demais funções de estado, passando a significar o modo de exercício do poder estatal, segundo as finalidades previstas na lei.

No que se refere especificamente ao processo administrativo, houve uma verdadeira mudança de paradigma, que, antes assentada na ideia de subjetividade, como meio de manifestação da vontade da “autoridade”, aproximou-se de uma concepção mais objetiva, na qual a consecução dos objetivos legais é o que importa.

Nas palavras de Odete Medauar (2008, p. 64), “a visão objetiva, com fulcro na função, confere relevo jurídico à atividade que antecede o ato. Torna-se foco da atenção não só o ato final, mas também a atividade no seu todo”.

Outrossim, a crescente intervenção do Estado na sociedade, com a consequente ampliação de suas funções, mormente em relação à Administração Pública, tornou de vital importância a figura do processo administrativo, como forma de “preservar, o quanto possível, o equilíbrio entre Administração e administrados, garantindo a presença destes últimos na formação da vontade estatal”. (Mello, 2008, p. 488-489).

Ademais, o ato administrativo não surge do “nada”, como um passe de mágica. A sua produção pressupõe uma atividade anterior, na qual a Administração, fundamentada na lei, deverá explicitar as razões de fato e de direito que levaram à sua prática.

Segundo afirma Marcelo Haager (2008, p. 3), “o caráter funcional da atividade estatal implica, necessariamente, a utilização de um item que demonstre que as decisões proferidas e atitudes tomadas cumprem as finalidades previstas pelas normas”.

Verifica-se, pois, uma crescente valorização da figura do processo administrativo, compreendido este não só como rito, ou melhor, uma sequência de atos destinada à produção de um ato final, mas, como garantia de uma atuação transparente da Administração, servindo como verdadeiro instrumento de proteção aos direitos dos cidadãos.

Tais concepções, a propósito, acabaram por culminar com a edição da Lei Complementar nº. 33/96, do Estado de Sergipe, da Lei nº. 10.177/98, do Estado de São Paulo, e, por fim, da Lei federal nº. 9.784/99, esta, aplicável no âmbito da Administração Pública Federal.

E tão grande tem sido a valorização do processo administrativo, que certos doutrinadores chegam a afirmar que o objeto central

de estudo do direito administrativo não mais reside, como soava o correr, no ato administrativo, mas, no processo. Tal discussão, todavia, não obstante dotada de relevância, foge aos objetivos do presente estudo, de modo que não será aqui tratada.

3. Dos Princípios Processuais Previstos na Constituição Federal de 1988

Na esteira da evolução sintetizada no tópico anterior, a Constituição Federal de 1988, além de estabelecer diversos princípios relativos à atuação administrativa como um todo, na qual se inclui o processo administrativo, instituiu princípios processuais *stricto sensu*, aplicáveis tanto aos processos jurisdicionais, quanto aos administrativos. Para este estudo, destaquem-se o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório¹.

O princípio do devido processo legal tem previsão expressa no art. 5º, inc. LIV, da Constituição (1988), segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Significa, em suma, que a interferência na liberdade ou propriedade dos indivíduos terá que observar, sob o aspecto formal, um rito previsto na lei. Esta, por sua vez, deverá guardar consonância à Constituição e aos valores fundamentais por ela consagrados (devido processo legal substancial).

Egon Bockmann Moreira (2007, p. 254) afirma que, quanto ao referido princípio, “os estudiosos não alcançam unidade quanto à sua definição, conteúdo e limites”. E esclarece: “Tentar dizer pontual e exatamente o que significa o *devido processo* é tarefa de pouca ou nenhuma utilidade, pois implicaria a limitação prática da grandeza da garantia”.

Dessa forma, e sem embargo da importância de tal princípio, que remonta ao *due process* do direito inglês, objetiva-se, com o pre-

¹ Sem embargo da existência de outros princípios também inerentes à processualidade, tais como motivação, publicidade e isonomia, em razão do objeto de estudo aqui tratado, limitar-se-á a abordar os princípios mencionados neste item 2.

sente estudo, melhor examinar os seus pressupostos ou, para os que assim entendem, as suas decorrências.

Com efeito, sabe-se que a observância ao devido processo legal pressupõe que o interessado tenha ciência da existência do processo e dos atos a ele inerentes, podendo dele participar em todas as fases (contraditório), bem como, exercer a plena defesa de seus direitos (ampla defesa).

E não obstante os postulados da ampla defesa e do contraditório sejam ínsitos à noção de devido processo legal, o legislador constituinte originário houve por bem fazer-lhes menção expressa, ao dispor, no art. 5º, inc. LV, que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.

No propósito de relacionar os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição, vale transcrever valiosa lição de Odete Medauar:

[...] o inc. LV aplica, na esfera administrativa, o devido processo legal, ao impor a realização do processo administrativo, com as garantias do contraditório e ampla defesa, nos casos de controvérsias e ante a existência de acusados, sem afastar outras implicações LIV. No âmbito administrativo, desse modo, o devido processo legal não se restringe somente às situações de possibilidade de privação de liberdade e de bens, mas abrange as hipóteses de controvérsia ou conflito de interesses de existência de acusados. (Medauar, 2008, p. 86).

Diante de tais considerações, não se torna difícil perceber que a incidência de tais princípios se faz com maior ênfase naqueles processos ditos litigiosos, ou seja, nos quais há interesses contrapostos².

² Não se pode, todavia, restringir à incidência de tais princípios aos processos ditos litigiosos. Isso, porque, nos dias atuais, mormente nos Estados Democráticos de Direito, a concepção de tais princípios deve ser vista de modo assegurar a participação do indivíduo nas decisões estatais, sejam estas decorrentes ou não de processos nos quais haja contraposição de interesses entre os envolvidos.

E a invalidação de atos administrativos, mais especificamente, a que gera prejuízo à esfera jurídica do servidor público, implica a existência de posições antagônicas, de modo que deverá ser realizada mediante prévio processo administrativo no qual sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório.

3.1. Do Contraditório e seus Desdobramentos

Conforme ensina o processualista Ernane Fidélis dos Santos (2003, p. 38), “no processo procura-se fazer justiça, que dificilmente será alcançada se não existir igualdade entre as partes”. Afirma, ainda, que, “como decorrência da igualdade, o contraditório é manifestação por excelência”.

O princípio do contraditório, tal como concebido no processo civil, pressupõe a igualdade entre as partes, concepção esta, hoje entendida de forma pacífica para o processo administrativo.

Com efeito, no atual estágio da doutrina, não mais se entende a Administração como um ser superior, e o administrado, como um mero súdito. A democracia exige a efetiva participação do administrado na formação da vontade estatal, implicando, não, uma mera igualdade formal, mas, um dever de tratamento equânime em relação às manifestações das partes.

À Administração Pública, portanto, não compete agir com preconceções, no intuito de, a qualquer custo, preservar seus interesses. Garantir os anseios da Administração não significa o pleno atendimento ao interesse público. Este somente será atingido caso a decisão administrativa seja editada em consonância à ordem jurídica, não se concebendo, pois, que tenha conteúdo abstrato, desvinculado das normas que regem a atividade administrativa.

Feitas tais considerações, cumpre explicitar, ainda que de forma sucinta, o conteúdo contraditório, bem como, os seus respectivos desdobramentos.

Primeiramente, deve-se destacar que o contraditório não significa apenas a ciência do processo ou o direito à reação, mas, também, o de ter os argumentos efetivamente analisados e sopesados antes de proferida a decisão final, remetendo-se, pois, à isonomia antes afirmada.

Destacando a importância de tal princípio, Alexandre Freitas Câmara (2008, p. 54) chega a afirmar que “o contraditório é tão relevante para o processo que chega a integrar seu conceito, sendo lícito afirmar que não existe processo onde não existir contraditório”.

Quanto aos seus desdobramentos, podem ser mencionados os direitos previstos no art. 3º, incisos II e III, da Lei nº. 9.784/99, referentes à necessidade de informação sobre o processo, bem como, à possibilidade de participação na formação de seus atos, inclusive, na produção de provas, conforme prevê o art. 38 da mesma lei.

Outrossim, não se deve deixar de ressaltar a obrigação de a Administração motivar as suas decisões, como forma de demonstrar que a argumentação do interessado fora efetivamente considerada (vide arts. 2º, 38, parágrafos 2º e 3º, e art. 50, da Lei nº. 9.784/99). Por fim, e sem a intenção de se conceder exaustividade à matéria, cite-se também a possibilidade de revisão das decisões.

4. Invalidação de Atos Administrativos e Contraditório

Verificada a relevância do princípio do contraditório, realizar-se-á uma breve explanação acerca das hipóteses de invalidação e convalidação de atos administrativos. Além disso, serão tecidas algumas considerações acerca do processo administrativo de invalidação, cuja relevância se afigura mais evidente naquelas situações de que resulta prejuízo para o administrado.

4.1 A Convalidação e a Invalidação perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro

Em um conceito simplório, mas que atende aos fins ora pretendidos, pode-se dizer que o ato administrativo é inválido quando não atende às prescrições normativas que lhe são aplicáveis, sejam legais, sejam constitucionais.

Da existência de um ato viciado, surge o dever da Administração Pública de restaurar a ordem jurídica, seja invalidando-o, seja convalidando-o. Segundo ensina Weida Zancaner (2008, p. 65), “o princípio da legalidade não predica necessariamente a invalidação

como se poderia supor, mas a invalidação ou a convalidação, uma vez que ambas são formas de recomposição da ordem jurídica violada”.

Dessa forma, diante de atos inválidos, há a obrigatoriedade de a Administração restaurar a ordem jurídica violada, em observância, inclusive, ao princípio da legalidade expresso no art. 37, *caput*, da Constituição³. Remanesce, entretanto, a dúvida: existiria discricionariedade quanto à adoção da invalidação ou da convalidação? Acredita-se que não.

Analisada a questão não só do ponto de vista da legalidade, mas, igualmente, da segurança jurídica, da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da boa-fé, outra não pode ser a conclusão, senão, a de que a convalidação, acaso possível, afigura-se imperativa. A este propósito, cumpre citar a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, *in verbis*,

Sendo certo, pois, que invalidação ou convalidação terão de ser obrigatoriamente pronunciadas, restaria apenas saber se é discricionária a opção por uma ou outra nos casos em que o ato comporta convalidação. A resposta é que não há, aí, opção livre entre tais alternativas. Isso, porque, sendo cabível a convalidação, o Direito certamente a exigiria, pois, sobre ser uma dentre as duas formas de restauração da legalidade, é predicada, demais disso, pelos dois outros princípios referidos: o da segurança jurídica e o da boa-fé, se existente. (Mello, 2008, p. 466).

Portanto, diante de um ato que não admite convalidação, resta à Administração o dever de invalidá-lo. E para tanto, há que ser instaurado, mormente, naquelas hipóteses em que há prejuízo para o

³ Atualmente, e na esteira do entendimento que vem prevalecendo na doutrina, no sentido de que os princípios seriam espécies normativas dotadas de positividade, diz-se necessária, não só a observância à legalidade estrita, mas, à juridicidade, em cujo conceito estão compreendidos os princípios consagrados no ordenamento jurídico.

administrado, processo administrativo no qual se assegure o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

4.2. O Processo Administrativo de Invalidação

A invalidação de atos administrativos, principalmente, daqueles denominados ampliativos de direito, pressupõe, via de regra, a oitiva do interessado, ou seja, do administrado que sofrerá as consequências do ato invalidador.

Conforme ensina Clarissa Sampaio Silva, “a invalidação já não pode ser vista como ato único, decisão *one shot*, mas como resultado de um procedimento cujos participantes devem ser aqueles diretamente atingidos por dada medida”. (Silva, 2001, p. 42).

Destarte, caso a invalidação ultrapasse o plano abstrato, alcançando situações concretas e gerando prejuízo ao administrado, a este não se pode negar o direito ao contraditório.

E isso, vale destacar, não decorre tão somente da previsão contida no art. 5º, inc. LV, da Constituição, mas, igualmente, da presunção de legitimidade dos atos administrativos, da qual se desumem a boa-fé e o princípio da segurança jurídica.

O Ministro Marco Aurélio, nos autos do Recurso Extraordinário nº. 461914, com bastante propriedade tratou da questão:

[...]. A presunção de legitimidade dos atos administrativos milita não só em favor da pessoa jurídica de direito privado, como também do cidadão que se mostre, de alguma forma, por ele alcançado. Logo, o desfazimento, ainda que sob o ângulo da anulação, deve ocorrer cumprindo-se, de maneira irrestrita, o que se entende como devido processo legal (*lato sensu*), a que o inciso LV do artigo 5º objetiva preservar. O contraditório e a ampla defesa, assegurados constitucionalmente, não estão restritos apenas àqueles processos de natureza administrativa que se mostrem próprios ao campo disciplinar. O dispositivo constitucional não contempla especificidade [...] (RE 461914, Relator(a): Min.

MARCO AURÉLIO, julgado em 10/10/2008,
publicado em DJe-206 DIVULG 30/10/2008
PUBLIC 31/10/2008).

Diante do exposto, outra não pode ser a conclusão, senão a de que o contraditório afigura-se, via de regra, imprescindível à invalidação de atos administrativos que interfiram na esfera jurídica dos administrados.

5. O Contraditório na Invalidação de Atos que, Indevidamente, Deferem Vantagens a Servidores Públicos

Em situações nas quais o ato administrativo a ser invalidado defere vantagem a servidor público, tem-se presente o prejuízo, de modo que a declaração de ilegalidade não prescinde de prévio processo administrativo, no qual se garanta a participação do interessado.

Tal questão, no entanto, ainda suscita questionamentos na jurisprudência, inclusive, quanto à restituição, pelo servidor, dos valores recebidos indevidamente. A matéria, portanto, merece maiores digressões, inclusive, cotejando-se o princípio do contraditório com a necessidade de que o erário não responda por pagamentos indevidos.

5.1. Incidência do Princípio

Atualmente, verifica-se, na jurisprudência pátria, o entendimento predominante de que, repercutindo no campo de interesses individuais, a invalidação de atos administrativos não prescinde do devido processo legal, no qual sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório.

Nesse sentido, a propósito, orienta-se o Supremo Tribunal Federal, conforme se percebe de recentes acórdãos proferidos por ambas as turmas que o compõem (vide AI 710085 AgR e RE 501869 AgR). As demais cortes do país, por sua vez, vêm seguindo a mesma tendência.

A questão, portanto, não parece, em um juízo perfunctório, trazer maiores controvérsias. Entretanto, conforme se verá a seguir, e apenas à guisa de exemplo, há decisões recentes, lavradas por Ministros daquela Corte, que esposam entendimento diverso. Outrossim, em recente acórdão do Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, decidiu-se pela desnecessidade de instauração de processo administrativo em hipótese que acarretava prejuízo ao administrado.

Veja-se, primeiramente, trecho de decisão proferida pela Ministra Cármen Lúcia ainda em 2008:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO DE GABINETE: EXTENSÃO AOS INATIVOS. ILEGALIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado da Nona Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Apelação Cível. Mandado de Segurança. Administrativo. Suspensão de pagamento de verba de representação a servidores inativos por decisão da Mesa Diretora da Câmara Municipal de Santos. Ilegalidade reconhecida de ofício. Faculdade que é inerente ao próprio poder de autotutela, não exigindo formalidades especiais, alegada violação ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Inocorrência. Sentença mantida. recurso improvido” (fl. 493). 3. *No recurso extraordinário, os Agravantes alegam que o acórdão recorrido teria contrariado o art. 5º, inc. LV, da Constituição da República. Sustentam, em síntese, que “a supressão da verba de representação operada sem direito à defesa é manifestamente nula, e esbarra em uma série de princípios e de dis-*

*positivos da Carta Magna, notadamente naquele que contempla o due legal process” (fl. 507). 4. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a ausência de contrariedade direta à Constituição. Analisada a matéria posta à apreciação, **DECI-DO**. 5. O Tribunal a quo manteve a sentença que denegou a segurança nos seguintes termos: “... o ato impugnado consiste na Portaria n° 167/2001, da Mesa Diretora da Câmara Municipal de Santos, que, acatando recomendação do Tribunal de Contas do Estado, que julgou desprovido de amparo legal o pagamento de verbas de representação a aposentados, suspendeu, a partir de março de 2001, o pagamento daquela verba aos impetrantes (fls. 267). **Embora a questão envolva suposta incorporação de verba de representação de gabinete, percebida na atividade, aos proventos de aposentadoria dos impetrantes, o fato é que, segundo a inicial, a ilegalidade apontada consiste tão somente na ausência de prévio procedimento administrativo, que garantisse aos impetrantes o exercício do contraditório e da ampla defesa.** [...] O controle administrativo - de legalidade ou de mérito - deriva do poder-dever de autotutela que a Administração tem sobre seus próprios atos e agentes e permite a anulação de ato ilegal [...]. Esse controle pode ser exercido ex officio, quando a autoridade competente constatar a ilegalidade de seu próprio ato ou de seus subordinados [...]. **Ora, quando a Administração, de ofício, anula seu próprio ato, eivado de vício que o torne ilegal, não há processo administrativo, nem partícipes que se contraponham face a face, em posição contraposta. O que há é apenas a invalidação de um ato ilegal, em respeito ao princípio da legalidade (art. 37, caput, da CF), a significar que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob***

pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso [...]. Nessas circunstâncias, era dispensável o procedimento administrativo, bem como a prévia manifestação dos impetrantes, que, não obstante, poderiam impugnar aquele ato pelas vias adequadas, administrativa ou judicial. [...]. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 22 de abril de 2008. Ministra CÂRMEN LÚCIA Relatora. (AI 680434, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, julgado em 22/04/2008, publicado em DJe-084 DIVULG 09/05/2008 PUBLIC 12/05/2008, grifo nosso).

No mesmo diapasão, foi a decisão do Ministro Carlos Britto em 2006, cuja transcrição, por demais esclarecedora, limitar-se-á à conclusão:

[...]. E A CONCLUSÃO É A DE QUE, PARA CORRIGIR ERROS DE CÁLCULO NA REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES, A INSTAURAÇÃO PRÉVIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO É DISPENSÁVEL. TUDO PARA PRESERVAR O INTERESSE PÚBLICO DE QUE O ERÁRIO NÃO RESPONDA POR PAGAMENTOS INDEVIDOS. 8. CUMPRE OBSERVAR, POR ÚLTIMO, QUE DIFERENTES SÃO OS CASOS DE DEMISSÃO, SANÇÃO DISCIPLINAR OU DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS A MAIS, QUANDO, ENTÃO, IMPÕE-SE A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, CONFORME REITERADOS PRONUNCIAMENTOS DESTES EXCELSO TRIBUNAL. ASSIM, FRENTE AO § 1º-A DO ART. 557 DO CPC, DOU PROVIMENTO AO RECURSO. Publique-se. Brasília,

18 de abril de 2006. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator. (RE 487953, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, julgado em 18/04/2006, publicado em DJ 08/05/2006 PP-00080, grifo nosso).

Tratando do mesmo tema, ou seja, da percepção indevida de valores por servidor público, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em **sua composição plenária**, exarou, no ano de 2008, a seguinte orientação:

MANDADO DE SEGURANÇA. REVISÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. **CONCESSÃO DE ABONO DE PERMANÊNCIA A MAGISTRADO EM DISPONIBILIDADE. INADMISSIBILIDADE. NULIDADE FLAGRANTE DO ATO CONCESSIVO. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. INEXIGIBILIDADE.** OS ATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS DESDE SUA ORIGEM PODEM SER REVISTOS A QUALQUER MOMENTO E NÃO GERAM DIREITO ADQUIRIDO, TENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA O PODER-DEVER DE REVISAR O ATO CONCEDIDO, CONFORME DISPOSTO NA SÚMULA Nº 473 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ("A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EIVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGÁ-LOS, POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS, A APRECIACÃO JUDICIAL "), INDEPENDENTEMENTE DE

INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. SEGURANÇA DENEGADA. UNÂNIME. (Mandado de Segurança Nº 70024932725, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 20/10/2008, grifo nosso).

Tais decisões⁴, que tratam de percepção de valores por servidor público em decorrência de erro da Administração, parecem ir na contramão do entendimento que, desde a década de 50, vem-se consolidando em torno do processo administrativo participativo, no qual a manifestação dos interessados assume papel fundamental.

Será mesmo que, para evitar que a Administração arque com pagamentos indevidos, poder-se-ia dispensar o prévio processo administrativo? Tal orientação não significaria um retrocesso no trato da questão? Não haveria uma outra forma de evitar que o erário sofra com pagamentos ilegais?

Embora não se tenha uma resposta precisa sobre tais questionamentos, entende-se que, mesmo em casos tais, o contraditório não pode ser simplesmente dispensado. Entretanto, o momento de sua realização pode trazer a solução para evitar eventuais lesões ao erário.

5.2. Momento de Realização do Contraditório

De logo, cumpre destacar que os tribunais superiores, de forma praticamente unânime, defendem que valores recebidos por servidor público em decorrência de erro da Administração não se encontram sujeitos à devolução, desde que constatada a boa-fé do beneficiário.

⁴ Não obstante a pesquisa sobre o assunto seja instigante, o presente estudo não comporta um trato exaustivo da matéria, de modo foram transcritos poucos julgados que, ao menos se espera, atendam aos objetivos propostos. Isso, porque tratam de pagamento indevido de vantagens a servidores públicos, com lesão ao erário.

Nesse sentido, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, destacando o caráter alimentar de tais verbas, assim decidiu:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - DESCONTO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ POR SERVIDOR PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DE ERRO DA ADMINISTRAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - EMBARGOS REJEITADOS.

1. O requisito estabelecido pela jurisprudência, para a não devolução de valores recebidos indevidamente pelo servidor, não corresponde ao erro da Administração, mas, sim, ao recebimento de boa-fé.

2. Pelo princípio da boa-fé, postulado das relações humanas e sociais, deve-se orientar o Direito, sobretudo as relações de trabalho entre agente público e Estado. (RMS 18.121, Rel. Min. Paulo Medina).

3. Valores recebidos indevidamente pelo servidor, a título de vencimento ou de remuneração, não servem de fonte de enriquecimento, mas de subsídio dele e de sua família.

4. Ainda que o recebimento de determinado valor por servidor público não seja devido, se o servidor o recebeu de boa-fé e com base na teoria da aparência, não se pode exigir sua restituição.

Precedentes.

5. Embargos de divergência conhecidos, porém rejeitados (Embargos de divergência Nº 612101, Superior Tribunal de Justiça, Terceira seção, de 2009).

Portanto, declarada a nulidade de ato que, indevidamente, defere numerário a servidor público, tal providência terá efeito *ex nunc*, excepcionando, pois, a regra geral de que a invalidação do ato administrativo gera efeitos *ex tunc*. Para tanto, todavia, deverá a Admi-

nistração instaurar prévio processo administrativo no qual se franqueie a efetiva participação do interessado.

Entretanto, surge a indagação: não poderia a Administração, tão logo se deparasse com o ato manifestamente ilegal, sustar os seus efeitos? Relembre-se que o servidor de boa-fé não responde por verbas recebidas indevidamente⁵, de modo que o ato ensejador de tal situação, ao mesmo tempo em que causa lesão ao erário, não possibilita, pelo menos, em relação ao dano já sofrido, a sua recomposição.

A questão não é de fácil de solução. Tome-se, como exemplo, a existência de servidores de determinado órgão administrativo, que, em contrariedade ao art. 37, XI, da Constituição, encontram-se submetidos ao teto do Judiciário e, não, do Executivo, como deveriam.

Esta hipótese seria de inequívoca inconstitucionalidade, e, a cada novo pagamento aos servidores, o erário estaria a sofrer um desfalque irreparável.

Entende-se que, em casos tais, sendo a ilegalidade do ato manifesta, a Administração, tão logo constatado o vício, poderia, mediante despacho devidamente motivado, sustar os seus efeitos. E esta conclusão se extrai, em um primeiro plano, da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Com efeito, no caso trazido à baila, há a incidência de diversos princípios, cuja aplicação haverá de ser sopesada⁶. Entre eles destacam-se, de um lado, a legalidade, a moralidade e a indisponibi-

⁵ Há que se ressaltar, nesse ponto, que, mesmo sendo a ilegalidade do ato de fácil percepção, dificilmente a Administração conseguiria demonstrar a existência de eventual má-fé do servidor. E não só porque a boa-fé, mas, também, pelo fato de que, em tais situações, o servidor não contribui para a prática do aé é presto.

⁶ Vale destacar que a “antinomia” entre princípios é apenas aparente, visto que não se resolve pela exclusão de um em favor de outro, mas, pela ponderação de valores em cotejo ao caso concreto, de forma a encontrar aqueles cuja aplicação prevalecerá, sem que isto signifique o sacrifício dos demais.

lidade do interesse de público e, de outro, a segurança jurídica e a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Diga-se, de logo, que não há, *in casu*, sequer uma aparência de legalidade e o dano causado aos cofres públicos afigura-se irreversível. Outrossim, e mesmo a nulidade sendo manifesta, dificilmente, poder-se-ia ilidir a boa-fé dos servidores, a qual, relembre-se, goza de presunção *juris tantum* de veracidade.

Dessa forma, e sem que se desconsidere o contraditório, entende-se que a sua incidência pode ser momentaneamente postergada, para, em razão dos princípios da legalidade, moralidade e indisponibilidade do interesse público, sustar-se, de logo, os efeitos do ato danoso. Tal medida, a propósito, necessária para evitar que o erário responda por pagamentos indevidos, guarda consonância com o disposto no art. 2º, inc. VI, da Lei nº. 9.784/99, segundo o qual, no processo administrativo, será observada a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

Veja-se que não se trata de negar aplicação ao contraditório, até porque a Administração poderá, após ouvir o interessado e ao final do processo administrativo, concluir pela manutenção do ato impugnado. Tem-se, na verdade, uma situação de urgência que exige imediata atuação, a exemplo do que acontece com as medidas liminares do processo judicial.

Nesse diapasão, vale citar o paralelo traçado por Marcelo Haager entre as situações de urgência nos processos administrativo e judicial, *in verbis*,

As questões de urgência podem servir para mitigar o direito à ampla defesa. Isso não significa que, por essa razão, o princípio possa ser considerado incompatível com o processo administrativo. É que situações de urgência também existem no processo judicial, no qual é possível a concessão de medidas liminares, sem a oitiva da parte contraposta, e ninguém afirma que o princípio seja inaplicável a este. O que ocorre nesses casos é uma ponderação de interesses. Um conflito entre princípios que obedece àquele meca-

nismo ressaltado no início do presente trabalho, pelo qual a prevalência de um princípio, em uma certa hipótese, não retira a validade de outro no ordenamento jurídico. (Haager, 2008, p. 138).

Ademais, e conforme já afirmado, não se está aqui a defender a ausência de contraditório. O que ocorre, na verdade, na feliz expressão de Egon Bockmann Moreira (2007, p. 314), é a “inversão temporal na incidência do princípio”. De qualquer forma, adverte o citado autor, “o contraditório é pleno no momento imediatamente posterior à providência necessária”.

A matéria, a propósito, também não parece ter passado despercebida pelo legislador federal, haja vista a previsão contida no art. 45 da Lei nº. 9.784/94, segundo o qual “*em caso de risco iminente, a Administração Pública, poderá motivadamente adotar providências cauteladoras sem a prévia manifestação do interessado*”.

Por fim, deve-se mencionar a excepcionalidade de tal providência, exigindo, para a sua adoção, necessidade de prévia e exaustiva motivação pelo Poder Público. Outrossim, eventuais abusos cometidos poderão ensejar a responsabilidade civil da Administração e o consequente dever de indenizar os servidores prejudicados pela medida.

6. Considerações Finais

Diante das considerações trazidas neste breve estudo, verifica-se o grande avanço da concepção de processo administrativo, no sentido de que, garantidos o contraditório e a ampla defesa, a participação do interessado afigura-se essencial.

E na hipótese objeto do presente estudo, ou seja, no processo invalidação de ato administrativo praticado por erro da Administração que concede a servidor público de boa-fé vantagens pecuniárias, o entendimento não pode ser diferente. Entretanto, e a exemplo do já ocorre há muito com o processo judicial, admite-se, nesse caso, que o contraditório seja diferido, deixando-se para assegurá-lo, após sustados os efeitos do ato.

Isso, porque o servidor não tem o dever de restituir os valores já recebidos indevidamente, de modo que tal medida, ponderados os valores constitucionais pertinentes, afigura-se necessária à proteção do erário. Além disso, encontra respaldo expresso no art. 54, da Lei nº. 9.784/99.

Por fim, cumpre advertir que tal providência afigura-se excepcional, somente podendo ser praticada diante de casos de flagrante ilegalidade e mediante prévia e expressa motivação. Caso assim não proceda, poderá a Administração Pública responder civilmente por eventual abuso de poder.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 680434. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000058067&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 23. ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 461914. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000061794&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 23 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 487953. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000006814&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 23. ago. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência nº 612101. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=612101&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10#>>. Acesso em 23 ago. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mandado de Segurança nº 70024932725. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 23 ago. 2009.

CÂMARA, A. F. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

HAAGER, M. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEDAUAR, O. **A Processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, C. A. B de. **Curso de Direito Administrativo**. 25a. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA, E. B. **Processo Administrativo, Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, E. F. dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, C. S. **Limites à Invalidação dos Atos Administrativos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ZANCANER, W. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

